

ROGER NEVRY

LA DÉTERMINATION DU PRIX PAR UN TIERS DANS LA VENTE  
INTERNATIONALE DES MARCHANDISES

THÈSE  
PRÉSENTÉE  
À LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES  
DE L'UNIVERSITÉ LAVAL  
POUR L'OBTENTION  
DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT (LL.D.)

FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LAVAL  
QUÉBEC

JUIN 1996



National Library  
of Canada

Acquisitions and  
Bibliographic Services

395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

Bibliothèque nationale  
du Canada

Acquisitions et  
services bibliographiques

395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

*Your file Votre référence*

*Our file Notre référence*

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-26084-4

## RÉSUMÉ LONG

Il arrive qu'en matière de vente internationale de marchandises, les parties s'en remettent à un tiers, soit pour déterminer le prix de la vente en formation, soit pour adapter le prix de la vente déjà conclue. Une fois désigné, ce tiers peut pour réaliser sa mission, s'appuyer sur un standard comme le prix du marché, ou utiliser d'autres mécanismes dont certains peuvent dépendre de la volonté d'une des parties. Encore faudrait-il que cette volonté ne s'exerce pas de manière arbitraire. Si le mécanisme du recours à un tiers mis en place par les parties s'enraye (le tiers n'est pas désigné, il est désigné mais ne peut ou ne veut accomplir sa mission etc.), le sort du contrat devient incertain. D'autant plus que l'étude du droit comparé fait apparaître une différence de conception selon les droits nationaux. Ainsi certains droits (le droit français par exemple) tiendront la vente pour non conclue, inexistente, alors que d'autres souvent de *common law* maintiendront sa validité dans la mesure où l'on peut réclamer de l'acheteur l'acquittement d'un prix raisonnable, surtout si l'intention des parties d'être malgré tout liées ne fait pas de doute. De plus, l'article 55 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises prévoit qu'une vente internationale peut être conclue sans que le prix ait été expressément fixé dans le contrat. Au delà de cette question qui a trait au sort de la vente internationale sans prix déterminé, la présente thèse part du constat que la qualification juridique du tiers sollicité par les parties pour compléter une entente par la détermination du prix, ou pour adapter le prix d'une vente internationale déjà conclue, n'est pas toujours aisée. Ainsi, pour certains, le tiers dont la mission est de déterminer le prix en vue de parfaire la vente, ne peut revêtir d'autre qualité que celle d'autorité non juridictionnelle. Et quelques uns, dans ce courant, ne conçoivent guère le tiers que comme un mandataire commun des parties, ses conclusions ne constituant pas un *avis*, mais s'incorporant à la vente elle-même. C'est que pour eux, le contrat étant en formation, il n'existe pas encore.

Dès lors, la mission du tiers ne saurait être considérée comme prenant place dans un contexte *litigieux*, de sorte que le tiers en question ne peut avoir une autorité juridictionnelle tel un arbitre par exemple. Ce que d'autres contestent. Quant à la mission d'adaptation du prix, s'il elle peut plus aisément être conçue comme de nature juridictionnelle (arbitre...), le contrat existant déjà et pouvant servir de base à l'éclosion d'un litige relatif à la question de l'adaptation du prix, il reste tout autant concevable que ce même tiers, pour la même mission, puisse agir en une autre qualité, celle d'une autorité non juridictionnelle (expert.). La qualification du tiers peut donc varier à l'intérieur même d'une même mission. Suivant une analyse faite en droit comparé et s'appuyant aussi sur les textes internationaux, la doctrine et la jurisprudence pertinents, la présente thèse s'est attachée à qualifier avec précision le tiers. Et comme selon la qualification retenue, le régime juridique qui préside aux relations entre les parties et le tiers, ainsi qu'à sa mission diffère, elle s'est également employée à en faire ressortir les conséquences. Nous sommes parvenus à la conclusion qu'aussi bien pour la détermination du prix en vue de la perfection du contrat, ou pour l'adaptation du prix, le tiers peut suivant le contexte, pour n'importe laquelle des deux types de mission, agir aussi bien en qualité d'autorité juridictionnelle (arbitre par exemple), qu'en qualité d'autorité non juridictionnelle (expert). C'est aux parties de choisir et elles doivent le faire en toute connaissance des effets de leur choix.

## **RESUMÉ COURT**

Au delà de la question de la vente internationale sans prix déterminé à laquelle elle répond, la présente thèse a été suscitée par l'incertitude liée à la qualification juridique du tiers à qui les parties à une vente internationale confient soit le soin de déterminer le prix en vue de parfaire le contrat, soit la mission d'adapter le prix du contrat déjà conclu. Le régime juridique régissant les rapports entre les parties et le tiers ainsi que la mission de ce dernier étant fonction de la qualification retenue, la présente thèse s'est fixée pour but d'établir avec autant de précision que possible, et suivant le contexte de son intervention, la qualification juridique applicable au tiers en question. Elle est arrivée suivant une analyse faite en droit comparé et s'appuyant aussi sur les textes internationaux, la doctrine et la jurisprudence pertinents, à la conclusion que pour la même mission (déterminer le prix en vue de parfaire la formation du contrat de vente internationale ou l'adapter), le tiers peut être considéré aussi bien comme une autorité juridictionnelle (arbitre par exemple), que comme une autorité non juridictionnelle (expert). À partir de cette variation possible de la qualité juridique du tiers, elle a fait ressortir que le régime juridique dépendait de la qualification juridique retenue et que celle-ci dépendait du choix des parties.

## Avant-propos

Il me semble que je serai toujours habité par une quête irréductible de savoir, de savoir faire et de savoir faire faire. Ces années que je viens de consacrer à la présente thèse de doctorat, ont achevé de me convaincre. Et j'en suis heureux. Certes, un tel penchant mène bien souvent sur des voies sinueuses, parsemées d'embûches et d'exigences de toute sorte. Mais n'est-ce pas le prix à payer pour de tels objectifs? Aussi, la présente thèse ne constitue pour moi que le point de départ de recherches toujours plus approfondies, dans tout le domaine du *droit des affaires*.

Qu'il me soit permis d'adresser mes remerciements les plus appuyés au professeur Alain Prujiner qui a su dans un style onctueux et savant, conduire la maturation et l'évolution de mes idées. Ce travail lui doit certainement beaucoup.

Je dédie cette thèse à mes parents, à ma conjointe et à tous les enseignants qui ont contribué depuis ma tendre enfance, à pétrir mon esprit.

Roger NEVRY

## TABLE DES MATIÈRES

	<b>Pages</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>I Notion de vente internationale</b> .....	1
<b>1 L'internationalité de la vente suivant le critère tenant aux parties</b> .....	3
<b>2 L'internationalité de la vente suivant le critère tenant à l'obligation contractuelle</b> .....	4
<b>3 L'internationalité de la vente suivant le critère mixte</b> .....	5
<b>4 Le critère retenu par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises</b> .....	5
<b>II La notion de marchandise</b> .....	8
<b>III La notion de prix</b> .....	10
<b>IV La notion de tiers</b> .....	11
<i>Partie I La détermination du prix par un tiers dans une vente internationale sans prix déterminé</i> .....	16
<b>Chapitre I L'impact de la non détermination du prix sur la vente internationale de marchandises</b> .....	16
<b>Section I Les droits romano-germaniques</b> .....	17
<b>1 Les droits exigeant un prix déterminé ou à tout le moins déterminable dans la vente</b> .....	17

<b>2 Les droits n'exigeant ni la détermination ni la déterminabilité du prix.....</b>	<b>31</b>
<b>Section II La Common Law.....</b>	<b>34</b>
<b>1 Le droit anglais.....</b>	<b>35</b>
<b>1.1 La vente ne contient pas de clause de détermination du prix.....</b>	<b>37</b>
<b>1.2 La fixation du prix dépend d'un accord ultérieur.....</b>	<b>38</b>
<b>2 Le droit américain.....</b>	<b>41</b>
<b>2.1 La vente ne contient pas de clause de fixation du prix.....</b>	<b>45</b>
<b>2.2 Le prix doit faire l'objet d'un accord ultérieur.....</b>	<b>46</b>
<b>Section III La Convention de Vienne.....</b>	<b>46</b>
<b>I La nécessité du prix dans l'offre.....</b>	<b>50</b>
<b>II La nécessité du prix dans le contrat.....</b>	<b>53</b>
<b>III La difficulté d'interprétation uniforme des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne.....</b>	<b>55</b>
<b>1 La controverse relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne.....</b>	<b>55</b>
<b>2 L'affaire Pratt &amp; Whitney c. Malev Hungarian Airlines.....</b>	<b>60</b>
<b>Chapitre II L'intervention d'un tiers pour déterminer le prix de vente.....</b>	<b>74</b>
<b>Section I De la désignation du tiers.....</b>	<b>76</b>
<b>I Impossibilité pour le juge de se substituer aux parties:</b>	



la nullité de la vente.....	76
<b>II Les droits qui n'annulent pas nécessairement la vente en cas de non désignation du tiers.....</b>	<b>80</b>
<b>1 Les droits italien et allemand.....</b>	<b>80</b>
<b>2 Les droit anglais et américain.....</b>	<b>83</b>
<b>2.1 Le droit anglais.....</b>	<b>83</b>
<b>2.2 Le droit américain.....</b>	<b>84</b>
 <b>Section II La mission du tiers et la nature juridique de son intervention.....</b>	<b>87</b>
 <b>I Les qualifications susceptibles de s'appliquer au tiers.....</b>	<b>87</b>
<b>1 L'arbitrage.....</b>	<b>87</b>
<b>2 La conciliation et la médiation.....</b>	<b>92</b>
<b>3 Le mandat .....</b>	<b>94</b>
<b>4 L'expertise.....</b>	<b>110</b>
 <b>II Les catégories particulières.....</b>	<b>114</b>
<b>1 Le <i>bindend advies</i> (Pays-Bas).....</b>	<b>115</b>
<b>2 L'<i>arbitrato irrituale</i> (Italie).....</b>	<b>118</b>
<b>3 L'expertise irrévocable (Belgique).....</b>	<b>120</b>
<b>4 Le diptyque français: arbitrage ou mandat.....</b>	<b>128</b>
<b>5 Le <i>schiedsgutachten</i> (l'expertise arbitrage) des droits allemand et suisse.....</b>	<b>137</b>
<b>6 La <i>valuation</i> et la <i>certification</i>.....</b>	<b>142</b>
 <b>III Le statut du tiers déterminateur du prix.....</b>	<b>155</b>

<b>1 La conciliation, la médiation et la mission du tiers</b> .....	156
<b>2 La mission du tiers et le mandat</b> .....	157
<b>3 Le tiers et l'arbitrage</b> .....	161
<b>4 La véritable nature de la mission du tiers</b> .....	165
<b>Section III L'exercice de la mission</b> .....	168
<b>I Le droit applicable</b> .....	168
<b>II L'obligation du tiers: son exécution</b> .....	170
<b>1 L'obligation du tiers</b> .....	171
<b>2 Les techniques utilisables</b> .....	174
<b>2.1 La référence à un standard objectif</b> .....	175
<b>2.1.1 Le droit français</b> .....	182
<b>2.1.2 Le prix du marché: référence admise dans les autres droits internes: quelques exemples</b> .....	184
<b>2.2 Quand les conclusions du tiers confient la détermination du prix à la volonté d' une des parties</b> .....	187
<b>2.3 Du prix dépendant partiellement de la volonté de l'une des parties: des contrats d'approvisionnement exclusif</b> .....	195
<b>Section IV De la non fixation du prix et de sa contestation</b> .....	218
<b>I Le défaut de fixation du prix</b> .....	218
<b>1 L'inexistence du contrat</b> .....	218
<b>2 La sauvegarde de la vente malgré la défaillance du tiers</b> .....	221

<b>II De la contestation du prix fixé.....</b>	<b>224</b>
<b>Section V De la responsabilité du tiers.....</b>	<b>226</b>
<b>I La détermination du droit applicable à la responsabilité du tiers.....</b>	<b>228</b>
<b>II De la responsabilité du tiers.....</b>	<b>229</b>
<b><i>Partie II L'adaptation du prix de la vente par le tiers.....</i></b>	<b>241</b>
<b>Chapitre I La mise en oeuvre de l'adaptation du prix.....</b>	<b>244</b>
<b>Section I L'adaptation du contrat par le tiers à l'occasion de l'application d'une clause de <i>hardship</i>: un arbitrage.....</b>	<b>248</b>
<b>Section II Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé, de premier refus et le tiers.....</b>	<b>257</b>
<b>I De la désignation du tiers contrôleur indépendant.....</b>	<b>262</b>
<b>II Nature et limites de la mission du tiers contrôleur indépendant.....</b>	<b>264</b>
<b>Chapitre II Les problèmes juridiques attachés à la mission du tiers adaptateur du prix: son statut juridique et la nature juridique de son intervention.....</b>	<b>269</b>
<b>Section I La révision du prix et le concept de litige: la qualité du tiers.....</b>	<b>273</b>
<b>Section II Fonction juridictionnelle et adaptation du contrat.....</b>	<b>279</b>

<b>I Position du problème.....</b>	<b>279</b>
<b>II La révision du contrat en présence d'une clause.....</b>	<b>281</b>
<b>1 Le cas du juge.....</b>	<b>281</b>
<b>2 Le cas de l'arbitre.....</b>	<b>282</b>
<b>2.1 La nature du pouvoir de l'arbitre.....</b>	<b>282</b>
<b>2.2 La révision du contrat par l'arbitre en présence de clause.....</b>	<b>285</b>
<b>2.2.1 Le droit français.....</b>	<b>286</b>
<b>2.2.2 Le droit québécois.....</b>	<b>288</b>
<b>2.2.3 Les droits anglais et américain.....</b>	<b>293</b>
<b>III La révision du contrat en l'absence de clause à cet effet.....</b>	<b>296</b>
<b>1 La révision du contrat par l'arbitre en l'absence de clause à cet effet.....</b>	<b>296</b>
<b>1.1 La révision du contrat par l'arbitre statuant en droit.....</b>	<b>296</b>
<b>1.2 La révision par l'arbitre statuant en amiable compositeur.....</b>	<b>300</b>
<b>1.2.1 L'amiable composition.....</b>	<b>300</b>
<b>1.2.2 Le droit québécois.....</b>	<b>304</b>
<b>1.2.3 Le droit anglais.....</b>	<b>306</b>
<b>1.2.4 Le droit américain.....</b>	<b>308</b>
<b>IV De la révision judiciaire du contrat.....</b>	<b>311</b>
<b>1 Les droit français et belge.....</b>	<b>312</b>
<b>2 Le droit québécois.....</b>	<b>318</b>
<b>3 Le droit anglais.....</b>	<b>319</b>

<b>4 Le droit américain.....</b>	<b>324</b>
<b>5 La Convention de Vienne.....</b>	<b>327</b>
<b>6 Les droits ayant admis la théorie de l'imprévision.....</b>	<b>328</b>
<b>Section III L'adaptation du contrat par l'arbitre constitue-t-elle création d'une nouvelle obligation contractuelle?.....</b>	<b>334</b>
<b>I La position des auteurs qui assimilent l'adaptation par l'arbitre à la création d'une nouvelle obligation.....</b>	<b>335</b>
<b>II L'adaptation du contrat n'opère pas novation.....</b>	<b>339</b>
<b>1 La mission.....</b>	<b>339</b>
<b>2 Le régime juridique de la novation.....</b>	<b>341</b>
<b>2.1 Les conditions de la novation.....</b>	<b>342</b>
<b>2.2 Les effets de la novation.....</b>	<b>345</b>
<b>Section IV De la détermination du droit applicable.....</b>	<b>348</b>
<b>I La détermination du droit applicable à la procédure arbitrale.....</b>	<b>349</b>
<b>II La détermination du droit devant régir l'arbitrage au fond.....</b>	<b>349</b>
<b>1 Les différentes méthodes possibles de détermination du droit applicable au fond du litige.....</b>	<b>350</b>
<b>1.1 Le système de référence au «for» arbitral.....</b>	<b>350</b>
<b>1.2 La méthode cumulative.....</b>	<b>352</b>
<b>1.3 Le système de la désignation directe du droit applicable: La voie directe.....</b>	<b>354</b>
<b>2 Le droit positif.....</b>	<b>354</b>

<b>Chapitre III Le contrôle de la mission d'adaptation confiée à l'arbitre.....</b>	<b>367</b>
<b>Section I Le principe du contradictoire.....</b>	<b>368</b>
<b>Section II L'interdiction pour l'arbitre d'excéder ses pouvoirs: la question de l'<i>ultra petita</i>.....</b>	<b>373</b>
<b>1 L'excès de pouvoir et les textes internationaux.....</b>	<b>373</b>
<b>2 L'excès de pouvoir et les droits nationaux.....</b>	<b>374</b>
<b>2.1 La signification du principe.....</b>	<b>376</b>
<b>2.2 L'affaire Quintette, un exemple d'<i>ultra petita</i>?.....</b>	<b>380</b>
<b>2.3 Appréciation des conclusions des arbitres.....</b>	<b>385</b>
<b>2.3.1 Les conclusions des arbitres et l'<i>ultra petita</i>.....</b>	<b>386</b>
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>393</b>

## **INTRODUCTION**

Qu'elle soit internationale ou interne, la vente suppose la remise d'un ou plusieurs biens contre paiement en argent. Celui qui veut acheter un bien s'attend nécessairement à déboursier une somme d'argent pour en faire l'acquisition. Et celui qui vend s'attend tout aussi également à recevoir paiement en argent. C'est dire que dans la vente, le prix est un élément essentiel. Et les problèmes juridiques qui y sont liés sont nombreux et variables selon qu'il s'agit de discuter de l'existence même de la vente, (c'est-à-dire de l'impact de la détermination ou non du prix au moment de la formation du contrat) ou de son adaptation aux circonstances nouvelles (ce qui suppose qu'il existe déjà). Les questions attachées au *prix* méritent donc une attention soutenue quand vient le moment de concevoir et élaborer un contrat de vente. La présente thèse s'y consacre. *La détermination du prix par un tiers dans les ventes internationales de marchandises*. Tel est son titre. Comment comprendre un tel intitulé? Pour répondre à cette question il convient de procéder à une définition terminologique de l'intitulé.

### **I Notion de vente internationale**

Fondamentalement, toute vente, qu'elle soit interne ou internationale, suppose une relation entre au moins deux personnes, le vendeur et l'acheteur, sur fond d'obligations portant essentiellement sur deux objets: d'une part la livraison de la marchandise et de l'autre le paiement du prix. C'est la présence ou non d'un élément d'extranéité dans l'opération de vente qui lui conférera ou pas son caractère international. On peut alors se demander en quoi consiste concrètement cette extranéité, cette internationalité? Il est des hypothèses qui ne devraient faire l'objet d'aucune hésitation.

Supposons que le vendeur et l'acheteur aient la même nationalité (belge), soient domiciliés dans le même pays (la Belgique) et que l'un vend à l'autre des produits manufacturés en Belgique avec des matières premières belges, en francs belges. Il faut en déduire qu'une telle vente est interne au droit belge. À l'inverse, s'il est question d'un vendeur de nationalité canadienne domicilié au Canada et ayant vendu à un acheteur italien du vin français en contrepartie d'un prix libellé en dollars U.S., la vente est incontestablement internationale. Les cas peuvent parfois être plus complexes. Ainsi sera moins évident le cas du commerçant français ayant son établissement situé en France et qui vend en France à un allemand du coton déjà entreposé en Allemagne. De même en ira-t-il si le commerçant français vend le même coton à un autre Français. De telles ventes sont-elles internationales ou pas? En vérité tout dépendra du critère de qualification retenu. Trois avenues s'offrent à nous: l'adoption d'un critère tenant en la personne des parties, l'adoption d'un critère tenant à l'objet de l'obligation contractuelle, ou encore d'un critère combinant les deux précédents (critère mixte).



## 1 L'internationalité de la vente suivant le critère tenant aux parties.

Il convient selon ce critère de qualifier la vente d'internationale si les établissements commerciaux du vendeur et de l'acheteur sont situés dans des Etats différents<sup>1</sup>. Il faut ici proscrire l'idée que la vente peut être qualifiée d'internationale parce que le vendeur et l'acheteur sont de nationalités différentes<sup>2</sup>. La seule différence de nationalité ne saurait être déterminante, surtout si les opérations se déroulent sur un même territoire. En revanche, si le vendeur et l'acheteur ont leur domicile dans des États différents, l'on peut légitimement présumer que les opérations liées à la vente se feront dans des États différents. Voilà un critère qui est très simple car il est facile de savoir où une personne réside habituellement; il est aussi exact, car, lorsque deux personnes ne résidant pas dans le même pays sont en relation d'affaires, presque toujours un déplacement de valeurs se fait d'un pays à l'autre<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> C'est un des critères qui a été retenu par les rédacteurs des Conventions de 1964, La Convention de la Haye portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale d'objets mobiliers corporels (01.07.1964 LUFC), La Convention de la Haye portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (01.07.1964 LUVI) (mais c'est le critère retenu par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir *infra* note 6 ) Ils ne l'ont toutefois pas jugé suffisant puisqu'ils lui ont adjoint un autre critère: soit le déplacement international de la chose vendue, soit le fait que les actes formant l'offre et l'acceptation aient été posés dans des Etats différents, soit que la délivrance de la chose ait dû se réaliser dans un Etat autre que celui où avaient été accomplis les actes constituant l'offre et l'acceptation du contrat (LUFC [article 1er], LUVI [article 1er]). C'est en revanche le critère retenu par la Convention de Vienne de 1980 (*infra* note 6).

<sup>2</sup> Claude Samson «La convention des Nations Unies sur les ventes internationale de marchandises: Étude comparative des dispositions de la Convention et des règles de droit québécois en la matière» (1982) 23 C de D., 968; B. Audit, La vente internationale de marchandises, Paris, L.G.D.J. 1990, P. 18; Walter Stoffer, Les contrats de vente internationale de marchandises, Lausanne, CEDIDAC, 1991, p. 26-27; K.H. Neumayer et C. Ming, Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaires, Lausanne, CEDIDAC, 1993, p. 41 et s.

<sup>3</sup> P. Kahn, La vente commerciale internationale, Paris, Librairie Syrey, 1961, pp. 172 et ss. p. 4; B. Audit, *supra* note 2, p. 18.

Et c'est le critère retenu par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>4</sup>.

## **2 L'internationalité de la vente suivant le critère tenant à l'obligation contractuelle.**

Ici, la vente est internationale dans la mesure où la marchandise vendue doit être livrée dans un pays autre que celui où elle se trouve au moment de la conclusion de la vente. Ce faisant, elle met en cause les intérêts du commerce international. Le mouvement de la marchandise indique donc si la vente est internationale ou pas. C'est là une vue qui a déjà été partagée par la Cour de cassation française<sup>5</sup>. Ce critère est facile d'application et il est à l'abri de la fraude. Nous ne voyons pas les parties défier les coûts de transport liés au transfert des marchandises à l'étranger dans l'unique but de changer la qualification de la vente.

---

<sup>4</sup> Infra note 6

<sup>5</sup> Cass. civ., 17 mai 1927, D. P., 1928. I. 25 (Mardélé c. Muller), «Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre. Est par exemple, l'objet d'un règlement international, le contrat de vente commerciale qui fait passer des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le prix du second dans le premier»; Civ. 27 Janvier 1931. S. 1933 I, 41 (Dambricourt c. Rossart), note Niboyet; Cass. civ., 1ère, 2 mai 1966, Trésor Public c. Galakis, J.C.P. 1966. II 14798 (note P. Ligneau); Colmar, 29 novembre 1968, Impex c. Société P.A.Z. et autres, J.C.P. 1970. II. 16246.

### **3 L'internationalité de la vente suivant le critère mixte**

C'est l'exemple qu'offre l'article 1er des Conventions de 1964 (la LUVI et la LUFC). Le critère tenant à la personne des parties et celui tenant à l'objet des obligations contractuelles s'y trouvant combinés.

### **4 Le critère retenu par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.**

La disposition pertinente de cette Convention<sup>6</sup> est l'article 1er qui est ainsi libellé:

« 1 La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents:

a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants;  
ou

b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.

2 Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents

---

<sup>6</sup> Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. A 97/19. Depuis 1992, une déclaration a été faite qui rend la Convention applicable au Québec. Il s'agit d'une application rétroactive à l'année 1991, date d'entrée en vigueur de la Convention au Canada. Nous la désignerons régulièrement sous la dénomination de Convention de Vienne. Au 31 juillet 1997, 49 États ont adopté la Convention de Vienne. Il s'agit de l'Allemagne, l'Argentine, l'Autriche, Le Bélarusse, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Canada, le Chili, la Chine (R.P.C), Cuba, le Danemark, l'Équateur, l'Espagne, l'Estonie, les États Unis, la Finlande, la France, la Géorgie, la Guinée, la Hongrie, l'Iraq, l'Italie, le Lésoto, Lethonie ( une des anciennes Républiques soviétique ici en anglais), la Lituanie, le Luxembourg, le Mexique, la Moldavie, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, l'Ouganda, l'Ouzbékistan, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, la Fédération Russe, le Singapour, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Syrie, la République Tchèque, l'Ukraine, la Yougoslavie, la Zambie. Source: le Département des traités, Nations-Unies, New-York.

**lorsque ce fait ne ressort ni du contrat ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.**

**3 Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention»**

**L'article 1er doit être lu en parallèle avec l'article 10 qui stipule:**

**«a) Aux fins de la présente Convention, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat;**

**b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu».**

De la lecture combinée des deux articles précités, il ressort que ce qui est déterminant, c'est le fait que les parties aient des établissements situés dans des États différents (article 1er al.1). En conséquence, la nationalité des parties n'a pas à être considérée pour l'application de la Convention (article 1er al.3). Peut-être les auteurs de la Convention supposent-ils que le fait de résider dans des États différents entraînerait probablement un mouvement transfrontalier de marchandises et de devises.

En fait, il n'y aurait là rien de surprenant dans la mesure où dans bien des cas, des livraisons de marchandises devront s'effectuer d'un pays à un autre en contrepartie d'un paiement international. C'est pour cela qu'Audit affirme:

«L'on voit là une présomption suffisante d'un mouvement de marchandises et/ou de moyens de paiement au travers des frontières...»<sup>7</sup>.

En conséquence, la nationalité des parties n'a pas à être considérée pour l'application de la Convention (article 1er al. 3). Le fait pour une partie d'avoir plus d'un établissement ne devrait pas constituer un blocage, puisqu'il suffirait alors de prendre en considération celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution suivant les circonstances connues ou envisagées par les parties (article 10). Ce peut donc être autre chose que le siège social ou l'établissement principal de la partie en question. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en fera office (article 10 al. b).

---

<sup>7</sup> B. Audit, *supra* p. 18.

## II La notion de marchandise.

Suivant le *Petit Larousse illustré*, une marchandise consiste en un objet ou produit qui se vend et s'achète. Quant au *vocabulaire juridique*<sup>8</sup>, il définit *marchandises* comme des meubles corporels faisant l'objet d'un contrat commercial (vente, transport, gage, etc.). *Meubles corporels* était l'expression retenue par les Conventions de 1964 précitées. Elles ne l'ont d'ailleurs pas définie. Mais en droit civil, c'est un concept consacré et bien défini. Les meubles corporels sont ceux dont la transmission s'effectue de main à main. Ils sont aussi connus sous la dénomination de choses par leur nature. En ces choses, il faut distinguer celles susceptibles de se mouvoir elles-mêmes, de celles qui ne sont susceptibles de changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (les tableaux, les bijoux, les livres, les linges...). C'est dans cette catégorie que se trouvent les meubles meublants (tapisserie, lits, sièges, pendules, tables...). Parmi les meubles corporels, il y en a qui sont soumis à une immatriculation administrative, et qui sont de ce fait considérés comme situés au lieu de cette immatriculation. Il s'agit des navires, et bâtiments de mer, des aéronefs. Il s'agit là de meubles corporels proche des immeubles par leur régime juridique, en particulier en ce qui concerne le transfert de leur propriété (hypothèque...). La catégorie des meubles corporels s'est enrichie avec le développement des titres au porteur.

---

<sup>8</sup> Cornu, P.U.F. 1987. Voir "marchandise".

En effet, lorsqu'un droit de créance est constaté dans un titre au porteur, on considère qu'il y a incorporation de la créance dans le titre, et la créance est traitée de ce fait comme les meubles corporels<sup>9</sup>. Comme on peut le voir, la catégorie des meubles corporels comprend les choses dont la vente est spécialement réglementée par les différents pays. Et il est difficile d'harmoniser cette réglementation. Ainsi, par exemple, la Convention de Vienne de 1980 ne régit pas les ventes de navires, de bateaux, d'aéroglysseur et aéronefs<sup>10</sup>. C'est que l'exigence de l'enregistrement varie selon les États, au point que le même engin peut y être soumis dans certains et non dans d'autres. Visant à rallier le plus grand nombre d'États, la Convention a choisi (et nous la comprenons) d'écarter certaines questions qui ne font que trop diviser. A ce sujet on peut lire avec bénéfice l'article 2 de la Convention:

«La présente Convention ne régit pas les ventes:  
a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage;  
b) aux enchères;  
c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice;  
d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies,  
e) de navires, de bateaux, aéroglysseurs et aéronefs;  
f) d'électricité».

---

<sup>9</sup> Sur le concept de "meubles corporels", voir Weill, Droit civil: les biens, Paris, Dalloz, 1983, p. 411 et s; Patrice Jourdain, Droit civil: les biens, Paris, Dalloz, 1995, p. 490 et s.

<sup>10</sup> Article 2 e).

On remarquera aussi que les ventes portant sur de l'électricité sont également exclues<sup>11</sup>. C'est que l'électricité n'est pas à proprement parler un bien tangible, un meuble corporel, une marchandise<sup>12</sup>. La Convention de Vienne a justement préféré opter pour le terme *merchandises*. La Convention ne se nomme-t-elle pas *Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*<sup>13</sup>? Tout comme ses prédécesseurs de 1964 ne définissaient pas *meubles corporels*, la Convention de Vienne ne définit pas davantage *merchandises*. Mais comme on vient de le voir, elle prend cependant soin d'identifier et d'exclure de son domaine d'application, un certain nombre de marchandises ou plus exactement les ventes qui portent sur ces marchandises. En fait, les *merchandises* doivent être considérées comme des meubles corporels ou des meubles par leur nature. Toutefois celles que nous visons dans notre thèse sont celles que la Convention de Vienne de 1980 accepte de régir, ou plus précisément, celle dont elle accepte de régir la vente.

### III La notion de prix.

Toujours suivant *le vocabulaire juridique*, le prix est la somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur. Pour Planiol, Ripert et Hamel<sup>14</sup>, le prix est la somme d'argent que l'acheteur s'engage à donner en échange de la chose.

---

<sup>11</sup> Article 2 f)

<sup>12</sup> B. Audit, *supra* note 2, no. 34; V. Heuzé, *supra* note 12, Paris, Joly, 1992, p. 77

<sup>13</sup> K. Neumayer et C. Ming, *supra* note 13, p. 39.

<sup>14</sup> Traité théorique et pratique de droit civil français, 2<sup>e</sup> éd., tome X, Paris, L.G.D.J. 1956, p.34; A. Bénabent, Droit civil: les obligations, *supra* note 14, 1991, p. 70 et s.; Souci, «La spécificité juridique des obligations de sommes d'argent», (1982) R.T.D. Civ. p. 514.



Le prix doit donc être appréhendé comme la contrepartie en argent de la marchandise objet de la vente. Il faut cependant avoir à l'esprit que la vente internationale est beaucoup plus complexe. De cette complexité découle un certain nombre de frais accessoires liés au transport des marchandises, aux conditions de transport, au conditionnement des marchandises etc... d'un État à l'autre. Le prix devra en tenir compte. Il est vrai qu'en pratique les parties recourent bien souvent aux Incoterms<sup>15</sup> pour organiser la répartition des frais et risques relatifs à la livraison de la marchandise.

#### **IV La notion de tiers.**

On peut également lire dans *le vocabulaire juridique* qu'en matière contractuelle, le tiers est une personne n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat et qui n'est pas touchée par son effet obligatoire, et peut tout au plus se le voir opposer. Il s'agit du tiers *penitus extranei*. Il s'agit aussi des ayants-cause à titre particulier des contractants (lorsqu'aucun texte ne les astreint à exécuter les obligations de leur auteurs) et des créanciers chirographaires.

Pour ce qui est des préoccupations qui sont les nôtres dans la présente étude, le *tiers* doit être considéré comme celui à qui les parties confient le soin de déterminer le prix, à défaut de l'avoir fait conventionnellement. Ce tiers peut revêtir un statut juridique variable selon le contexte dans lequel se situe son intervention.

---

<sup>15</sup> Paris, C.C.I. 1990, publication no. 460 .

Ainsi il pourrait agir en qualité, *d'expert contrôleur-indépendant, d'expert exerçant une expertise irrévocable, d'arbitre ou de juge, etc...* Somme toute, il s'agit pour nous d'étudier le fait pour les parties à une vente internationale de confier à une autre personne qu'elles-mêmes le soin de déterminer ou d'adapter la valeur vénale des marchandises que l'une d'elles s'est engagée à vendre à l'autre. Les problèmes juridiques soulevés par à un tel sujet sont nombreux. Les parties peuvent avoir gardé le silence sur le prix à l'occasion de la conclusion de leur entente et confié à un tiers le soin de le déterminer pour eux. C'est la question de la détermination du prix et de son impact sur l'existence même ou non de la vente internationale.

Ce sera alors le lieu d'examiner tour à tour le sort juridique des ventes dans lesquelles les parties n'ont pas fixé de prix, la désignation du tiers, son statut juridique, la nature juridique de son intervention, la manière dont ce dernier peut exercer sa mission et enfin la défaillance du tiers et la contestation de ses conclusions.

Dans un deuxième temps, nous supposerons que la vente est parfaitement formée mais qu'en cours d'exécution, elle demande à être ajustée quant au prix, et qu'une telle mission est confiée à un tiers. Il se pose alors la question de l'adaptation du prix par un tiers. Y seront successivement traités la mise en oeuvre de l'adaptation du prix; les problèmes juridiques liés à la mission du tiers adaptateur du prix à savoir, son statut juridique et la nature juridique de son intervention et enfin le contrôle de l'arbitre dans l'exercice de sa mission.

La présente thèse traitera donc chronologiquement, systématiquement et en profondeur les problèmes juridiques attachés à la détermination du prix. Elle le fera en se plaçant aux deux moments clés que peut connaître un contrat (en l'occurrence un contrat de vente): la formation et l'exécution. Tous ces problèmes seront traités à travers le prisme de l'intervention d'un tiers. Cette étude part donc de l'hypothèse que les parties n'ont procédé elles-mêmes ni à la détermination du prix ni à son adaptation. Il y a aussi ces contrats de vente internationale qui subissent en cours d'exécution des circonstances nouvelles dont l'acuité vient bouleverser l'équilibre des prestations. Ici également les parties peuvent décider de confier à un tiers la mission d'adapter le contrat. Notre dessein dans cette étude est de dégager le statut juridique du tiers à travers le prisme d'un questionnement centré sur la détermination du prix. Détermination du prix en vue de compléter l'entente et parfaire le contrat, détermination du prix (nouveau) en vue d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles.

Le fait est que certains considèrent que le tiers, appelé à compléter l'entente des parties à travers la mission de déterminer le prix qu'elles lui ont confié, le tiers visé à l'article 1592 du Code civil Français, ne peut à ce titre que se voir attribuer la qualité de mandataire commun<sup>16</sup>. D'autres à l'inverse préfèrent voir en son action une «expertise irrévocable» et non un mandat commun<sup>17</sup>. Quant à l'adaptation du contrat, elle suppose que le contrat existe.

---

<sup>16</sup> Infra note 195.

<sup>17</sup> Infra notes 195.

Mais en quelle qualité le tiers y procède-t-il? Notre thèse est de démontrer, d'établir que le tiers chargé de déterminer le prix afin de compléter l'entente, ou d'adapter le contrat, peut faire l'objet de plusieurs qualifications selon les hypothèses. Qu'il peut pour la même mission, revêtir des qualifications différentes.

En somme, la problématique est celle de la qualification du tiers oeuvrant en qualité de déterminateur du prix, ou en qualité d'adaptateur du contrat. La première partie de notre thèse sera consacrée à la détermination du prix par un tiers dans une vente internationale sans prix déterminé (Partie I). Ce sera le lieu d'étudier l'impact de la non détermination du prix sur la vente internationale de marchandises (Chapitre I), à travers des droits romano-germaniques (Section I), la Common Law (Section II) et la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (Section III). Une fois ces questions cernées, nous aborderons celle de l'intervention d'un tiers pour déterminer le prix de la vente (Chapitre II). Cela nous permettra de discuter de la désignation ou de la non désignation du tiers en question (Section I), de sa mission ainsi que de la nature juridique de son intervention (Section II), de l'exercice de sa mission en tant que telle (Section III), de la non fixation du prix ou de la contestation du prix fixé (Section IV) et enfin de la responsabilité du tiers en tant que mandataire commun (Section V). Quant à la deuxième partie, elle étudiera l'adaptation du prix de la vente par un tiers (Partie II).

La mise en oeuvre de l'adaptation (Chapitre I) y sera vu de façon à nous permettre d'analyser l'intervention du tiers à l'occasion de l'application d'une clause de *hardship* (Section I), l'intervention du tiers à travers les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé, de premier refus (Section II). Un certain nombre de problèmes juridiques particuliers liés à la mission du tiers, ainsi que son statut et la nature juridique de son intervention retiendront également notre attention (Chapitre II).

Ainsi nous analyserons la question de la révision du prix et le concept de litige (Section I), la fonction juridictionnelle et l'adaptation du contrat (Section II). Nous nous interrogerons sur le point de savoir si l'adaptation du contrat par l'arbitre constitue création d'une nouvelle obligation (Section III), nous étudierons le droit applicable à la mission du tiers (Section IV) et enfin la question du contrôle de la mission d'adaptation du tiers (Section V).

## **Partie I La détermination du prix par un tiers dans une vente internationale sans prix déterminé.**

### **Chapitre I L'impact de la non détermination du prix sur la vente internationale de marchandises.**

S'il est vrai que les différents droits et le droit international ne réservent pas tous le même sort à une vente dans laquelle le prix n'est pas déterminé (Section I), ils s'accordent néanmoins sur la possibilité de confier une telle détermination à un tiers. C'est dire que ce tiers aurait à compléter l'entente des parties, en déterminant l'élément manquant: le *prix*. L'essentiel est alors de savoir en quelle qualité ce dernier accomplira sa mission, quand on sait qu'il est largement admis que le *juge* par exemple, ne peut compléter l'entente des parties? (Section II) Comment ce tiers opérera-t-il techniquement? (Section III) Que se passerait-il si pour quelque raison, le prix n'est pas déterminé par le tiers? À quelles conditions est-il permis aux parties de contester les conclusions du tiers (Section IV) ou même d'engager sa responsabilité (Section V)?

Pour commencer, considérons que, dans le cadre d'une vente internationale de marchandises, les parties n'ont pas fixé de prix, pas plus qu'elles n'ont désigné un tiers pour y procéder. Comment appréhender juridiquement un tel engagement? L'analyse de cette situation peut être menée d'une part dans le cadre des droits romano-germaniques et dans le cadre de la *common law* d'autre part.

## **Section I Les droits romano-germaniques.**

Dans cette famille juridique, les positions sont très partagées. Certains droits font du prix un élément qui doit être déterminé ou à tout le moins déterminable pour qu'il y ait contrat. En conséquence, le contrat sera considéré comme inexistant, non formé, si les parties sont restées silencieuses sur le prix. D'autres ont une position contraire: par exemple le Danemark, les Pays-Bas et l'Allemagne<sup>18</sup>.

### **1 Les droits exigeant un prix déterminé ou à tout le moins déterminable dans la vente.**

Les droits français et belge affirment nettement l'exigence d'un prix déterminé ou à tout le moins déterminable pour qu'il y ait contrat de vente. L'article 1108 des Codes civils de ces deux pays demande au rang des conditions essentielles à la validité d'une convention, «un objet certain qui forme la matière de l'engagement», et l'article 1129 précise que l'obligation doit avoir pour objet une «chose dont la quotité peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée». L'obligation de déterminer le prix ou de le rendre déterminable a par là même une base légale en ce qui concerne tous

---

<sup>18</sup> Si l'on considère l'article 4 du nouveau Code civil néerlandais traduit par P. P. C. Haanappel et E. Mackaay, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston 1990. Le texte de cet article est ainsi libellé: «Lorsque la vente a été conclue sans qu'un prix n'ait été déterminé, l'acheteur doit un prix convenable; dans la détermination de ce prix, il est tenu compte des prix habituellement stipulés par le vendeur au moment de la conclusion du contrat».

les contrats, si l'on considère que la chose dont il s'agit à l'article 1129 du Code civil français peut être une somme d'argent.

C'est bien ce qu'affirme certains auteurs<sup>19</sup>. Pour notre part, l'article 1129 ne saurait fonder l'exigence de la détermination du prix dans la vente, puisqu'il parle de quotité de la chose. Il vise donc la chose et non le prix. Il convient donc davantage de référer en la matière aux articles 1583, 1591 et 1592 du Code civil français<sup>20</sup>. Dans les articles 1591 et 1592 du Code civil français<sup>21</sup>, on peut lire (pour ce qui est du premier), «le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties». Quant au second, «Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente». La combinaison de ces deux textes autorise à affirmer que la détermination du prix est une condition de validité de la vente. Que le prix soit *déterminé* signifie en droit français, qu'il est en principe fixé par les parties elles-mêmes. Elles chiffrent dans la vente, le montant, la somme que l'acheteur doit payer au vendeur. C'est d'ailleurs l'espèce qui fait l'objet de l'article 1592 du Code civil français. Cette désignation est bien souvent, le fruit d'une libre discussion entre les parties. Leurs consentements se rencontrent sur un chiffre. Encore faut-il que ce chiffre soit fixé.

---

<sup>19</sup> Voir pour la France, A. Weil et F. Terré, Droit civil. les obligations, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 1986, no. 232; P. Malaurie et L. Aynes, Les obligations, Paris, Cujas, 1995, no.312; B. Mercadal, «La détermination du prix dans les contrats en droit français», (1979) D.P.C.L., 443; J. Belot, «La détermination judiciaire du prix dans les contrats», (1982) Revue de recherche juridique (Aix), 349.; pour la Belgique, De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, tome IV, 1972, no.41; H. Paulus de Rode, «La détermination du prix dans les contrats en droit belge», (1980) D.P.C.L., 89; en droit comparé, R. Rodière, (Sous dir. de ), Objet, cause et lésion du contrat, Paris, Pedone, 1980, p. 39.

<sup>20</sup> Voir *infra*, nos développements sur les contrats-cadre.

<sup>21</sup> Ces textes sont en tout point identiques dans le Code civil belge.



La vente en effet n'existe pas tant que la détermination du prix n'est pas faite<sup>22</sup>. Et cette détermination ne peut faire l'objet d'un accord ultérieur<sup>23</sup>. En effet, s'il faut que les parties s'entendent ultérieurement sur le prix (un des éléments essentiels de la vente), cela équivaudrait en réalité à des pourparlers qui se continuent. Le prix est également considéré comme déterminé lorsqu'il est fixé par l'autorité publique (loi ou règlement). En ce cas, il n'est pas nécessaire que les parties l'indiquent dans le contrat. Mais lorsque disparaît la réglementation en vigueur à laquelle les parties se sont référées, le prix n'est pas considéré comme déterminé (ni même déterminable) au sens de l'article 1591 du Code civil Français. Et le contrat devient caduc<sup>24</sup>. Quant à la notion de *déterminabilité* du prix, elle revient à dire qu'il n'est pas nécessaire que le prix soit chiffré dans la convention, qu'il suffit que l'accord précise les éléments qui permettront de le calculer. Ainsi la référence à un prix de bourse qu'un cours objectif et régulièrement publié permettra de connaître, la référence au prix du marché, sont autant d'éléments qui assurent la déterminabilité du prix. Tout comme le fait de confier la détermination du

---

<sup>22</sup> Cass. 1ère civ. 24 Novembre 1965, Gaz Pal. 1966. 1. 83; Civ. 1ère, 16 mai 1984, Bull. I. No. 164

<sup>23</sup> Cass. Com. 24 Mars 1965 II 14378; Com. 14 juin 1988, Bull. civ., I. no. 206.

<sup>24</sup> Cass. Com 27 Avril et 5 Novembre 1971, Dalloz 1972. 353, note Ghestin; Ghestin et Desché, La vente, L.G.D.J., 1990, p. 381 et s.

prix à une tierce personne. En fait, il suffit que les éléments de référence permettent de chiffrer le prix au jour de son échéance<sup>25</sup>.

Tout ce qui précède est applicable au droit belge<sup>26</sup> où également, le prix doit être déterminé ou déterminable sans qu'un consentement ultérieur ne soit nécessaire. Un contrat de vente de matériel et des marchandises d'un fonds de commerce stipulait que le matériel est vendu à «un prix selon inventaire...en dessous de leur prix de revient». Un accord entre les parties était donc nécessaire postérieurement à la convention, tant sur l'exactitude des inventaires que sur le prix à appliquer. Cet accord ne s'est pas réalisé. La convention est dès lors nulle en raison de l'absence d'échange de consentement quant au prix<sup>27</sup>. Et que ce soit en droit français<sup>28</sup> ou en droit belge<sup>29</sup>, la sanction du défaut de détermination ou de déterminabilité du prix est la nullité absolue.

---

<sup>25</sup> Mazeaud, Leçons de droit civil, tome 3, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1979, p. 129-130; J. Ghestin, Les obligations: le contrat, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 421 et s

<sup>26</sup> H. Paulus De Rhodes, supra note 19, p. 89.

<sup>27</sup> Appel Liège, 4 mai 1970, Jur. Liège 1970-1971, p. 42; De Page, Les principaux contrats, 1ère Partie, 3è éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 31 et s.

<sup>28</sup> Mazeaud supra note 25, p. 126; civ. 4 août 1952, S. 1953. I. 20; civ. 1ère 17. 12. 1959. S. 1960. J. 177.

<sup>29</sup> De Rhodes, supra note 19. p. 89; De Page, supra note 19.

En droit québécois aussi, le prix doit être déterminé ou déterminable<sup>30</sup>. C'est le sens de l'article 1373 du C.c.Q.:

«L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose. La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable. Elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public».

Tout comme en droit français ou belge, le contrat de vente ne peut se former que si les parties s'entendent sur la chose et sur le prix. Ce dernier élément est essentiel à la formation de la vente mais aussi indispensable à sa validité<sup>31</sup>. Ainsi Thérèse Rousseau-Houle écrit: «s'il n'y a pas de prix ou, s'il n'est pas possible de déterminer le prix, il n'y a pas de contrat de vente»<sup>32</sup>.

C'est à la même conclusion qu'est parvenu Michel Pourcelet en affirmant que «si aucun prix n'a été convenu, la vente n'a aucune existence, car il manque l'un des éléments fondamentaux nécessaires à la formation du contrat»<sup>33</sup>. Ces conclusions ne sont point contredites par la jurisprudence. Citons à cet effet

---

<sup>30</sup> Champlain Regional College of General and Vocational Education c. La Cie de Construction de Belcourt Ltée et le Régistrateur de la Division d'Enregistrement de Québec 1986 R.J.Q. 804. Où il a été relevé que «...Cependant, il n'est pas nécessaire à la validité de l'obligation selon l'article 1060 C.C que le prix soit fixé ou déterminé, il suffit qu'il soit déterminable. En l'espèce, à défaut d'entente entre les parties sur un prix moindre, celui-ci est fixé à 3 850 000 \$» (C. S.); Peloquin c. Latraverse, (1920) 57 C. S. 379; Sauvé c. Ville Saint-Laurent, [1956] B. R. 70; Fortin c. Studio E. B. Côté Inc. [1960] C. S. 86; Lessard c. Labonté; [1963] C. S. 247.

<sup>31</sup> Voir les articles 1472, 1532 C.C.B.C.; 1708 et 1734 du nouveau Code civil du Québec (L.Q. 1991, c.64)

<sup>32</sup> T. Rousseau-Houle, Précis du droit de la vente et du louage, Québec, P.U.L., 1986, p.80.

<sup>33</sup> Pourcelet, La vente, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1987, p.79; Pierre-Gabriel Jobin, La vente dans le Code civil du Québec, Montréal, Y. Blais, 1993, p. 21 et s.; Denys-Claude Lamontagne, Droit de la vente, Montréal, Y. Blais, 1995, p. 41 et s.

Laboratoires Abbott Ltée c. Ahuja<sup>34</sup>. Dans cette affaire, la demanderesse dans son action principale revendiquait la propriété et la possession de deux appareils dont le défendeur s'était servi alors qu'il était son employé et qu'il continuait de garder par devers lui. À défaut de cela, elle était disposée à accepter la somme de 27. 410,00\$ qu'elle estimait être la valeur des appareils. Le défendeur a offert d'en acheter un en payant le plein prix, dans les trente (30) jours suivant l'envoi d'un état de compte.

Le 3 avril 1980, un état de compte lui a été expédié qui fixait le prix à 5,510,00\$ conformément aux listes de prix continuellement mises à jours et remises aux clients.

Les avocats du défendeur se sont adressés à la demanderesse pour contester son prix et établir le leur à 1.010,00\$ en s'appuyant sur d'autres documents. Malgré cette mésentente, le défendeur décida quand même de garder l'appareil litigieux, en prétendant l'avoir acheté. La Cour a tranché le litige en ces termes:

«Il est évident que la marge entre les deux prix évalués par les parties est suffisante pour conclure qu'elles ne se sont jamais entendues sur le prix soit l'un des objets essentiels du contrat (984, 1058, 1060, 1532 C.C.B.C.). Si les parties se sont entendues sur un prix qui pouvait être déterminé comme étant le "full price", là et alors, la vente était parfaite dès le 3 avril 1980».

C'est dire que sans accord sur le prix, il n'y a pas de prix et donc pas de vente.

---

<sup>34</sup> J.E. 83-659 C.S.

Au Québec, dans un contrat de vente,

«le montant du prix doit être déterminé ou à tout le moins déterminable[...]»<sup>35</sup>

Dans le premier cas, les parties fixent elles-mêmes, en terme de chiffres, dans le contrat, la somme que l'acheteur doit payer au vendeur.

Dans le second, le contrat doit contenir des éléments qui permettent de déterminer le prix au moment de l'échéance, sans que les parties puissent exercer une nouvelle fois leur volonté à cet effet. Et Thérèse Rousseau-Houle de préciser que:

«si le prix est laissé au choix de l'une des parties il n'a aucune existence et la vente n'est pas conclue»<sup>36</sup>.

Mais la détermination peut être confiée à un tiers comme l'a réaffirmé<sup>37</sup> Thérèse Rousseau-Houle:

«la fixation du prix peut également se faire par l'intermédiaire d'un tiers (arbitre) lorsque les parties ne s'entendent pas sur le montant»;

---

<sup>35</sup> T. Rousseau-Houle, *supra* note 32, p. 80; M. Pourcelet, *supra* note 33, p. 79; P.-G. Jobin, *supra* note 33, Denys-Claude Lamontagne, *supra* note 33.

<sup>36</sup> T. Rousseau-Houle, *supra* note 32, p.81; P.-G. Jobin, *supra* note 33, Denys-Claude Lamontagne, *supra* note 33.

<sup>37</sup> Ce cas est prévu à l'article 1592 Code napoléon. Ce texte est le même en droit belge.

Ce qu'on pouvait déjà lire dans le traité de L. Faribault<sup>38</sup> en ces termes:

«Le prix doit être déterminé et fixé par les parties. Elles peuvent convenir d'en laisser la fixation à la décision d'arbitres, pourvu qu'elles prennent d'avance l'engagement d'accepter leur décision».

C'est en substance le contenu combiné des articles 1591 et 1592 Code civil français. La jurisprudence admet également cette possibilité. Ce fut le cas dans l'affaire Beaudouin v. Rodrigue<sup>39</sup>.

Dans cette cause, le défendeur est poursuivi par un épicier en gros en recouvrement de la somme de 289,53\$, qui représenterait le prix de trois tonnes de mélasse que le défendeur lui aurait commandées par écrit et qu'il aurait livrées par la suite. Le défendeur, tout en reconnaissant que c'est bien sa signature qui apparaît au bas de la commande produite au soutien de la demande, a plaidé qu'il n'avait pas acheté la mélasse en question. Selon lui, l'écrit invoqué contre lui serait une ancienne commande qu'on aurait altérée pour y faire apparaître la marchandise dont le vendeur réclame maintenant le prix à la place des effets qui en avaient fait l'objet. Il a plaidé en outre que, lorsqu'on a voulu lui livrer la mélasse, il a refusé de l'accepter, en disant qu'il ne l'avait pas achetée et que devant son refus, le préposé du demandeur aurait

---

<sup>38</sup> Voir L. Faribault, Traité de droit civil du Québec, tome II, Montréal, W. & L. 1961; voir également, Michel Pourcelet, supra note 33, p. 80.

<sup>39</sup> [1952] B.R., 83.

déposé les trois tonnes chez un voisin. Il faut préciser que l'écrit produit portait la mention «Toute commande est sujette à être acceptée par la maison», et que la preuve démontrait que le défendeur n'avait jamais été informé que sa commande avait été acceptée. Le premier juge en est venu à la conclusion qu'il ne s'était formé aucun contrat, et a par conséquent débouté le demandeur.

Pour répondre à l'appel qui frappait ce jugement, le juge Pratte (dont l'opinion est globalement partagée par le juge en chef Galipeault et le juge St- Jacques) a d'abord déclaré non fondé en droit, le motif qui a servi à rejeter l'action. Selon lui,

«il n'y a pas de meilleure acceptation d'une autre offre d'acheter que la présentation à l'offrant de la marchandise qui a fait l'objet de son offre».

Ensuite, il a poursuivi en affirmant que:

« en supposant que le défendeur a signé la commande, il est certain que l'acceptation de cette offre n'a pu parfaire le contrat de vente que si l'offre contenait tous les éléments du contrat projeté, et, notamment le prix. Il ne saurait y avoir de doute à ce sujet, parce que la nature même du contrat requiert qu'il en soit ainsi, [...] Certes, il n'est point nécessaire que le prix soit expressément déterminé dans l'offre, mais il faut au moins trouver dans celle-ci les éléments qui

permettent de l'établir par la suite. Ainsi, une offre d'acheter au prix courant, ou un prix à être déterminé par un arbitre ou par des experts, pourrait être transformée en contrat par la seule acceptation du bénéficiaire de l'offre (souligné par nous)».

Pour conclure, le juge Pratte relèvera que dans le cas qui lui est soumis:

«il n'y a rien non plus dans la preuve qui permette d'induire que les parties aient même envisagé la fixation du prix»,

et que,

«dans ces conditions, il faut conclure que l'acceptation de la commande, de quelque manière qu'elle fut faite, ne pouvait donner naissance à un contrat de vente».

Au delà de tous les points que peut contenir cet arrêt, il apparaît que la détermination du prix dans une vente au Québec peut être laissée à un tiers<sup>40</sup>. Il est de ce fait déterminable. Une illustration de ce qu'il faut entendre par déterminable a d'ailleurs été fournie dans l'arrêt Turcot c. Cibula<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Voir dans le même sens Rindress c. Charlevoix Ltée, J.E. 83-709. (C. S.).

<sup>41</sup> [1974] C.A. 452, 454. La Cour d'appel tout en entérinant la position jurisprudentielle qui veut que soit refusé effet aux clauses pénales rédigées de façon trop générale qui ne spécifient aucun montant ou pourcentage du montant dû, est d'avis qu'il pourrait en être autrement si la quotité de l'obligation était déterminée par un pourcentage. Voici ces termes: «Il n'en va pas de même lorsque la quotité de l'obligation est déterminée par un pourcentage, comme c'est le cas habituellement dans ce genre de clause où on prévoit qu'un montant de 10% ou de 15% sera prélevé du débiteur au cas d'inexécution d'une obligation. Dans un tel cas, même si la quotité est pour le moment incertaine, elle est facilement déterminable.»



En fait le montant à payer peut même être à déterminer à partir d'un calcul basé sur des événements futurs<sup>42</sup>. Mais il se peut que le prix soit imposé par les autorités publiques.

Au fond, la déterminabilité du prix traduit ici aussi l'idée que la vente reste valable dans la mesure où les termes de l'entente permettent de déterminer à terme le prix à payer.

Un accord ultérieur des parties n'est point nécessaire<sup>43</sup>. L'exigence de détermination dans ce droit signifie que normalement, il appartient aux parties de fixer de concert, le prix de vente<sup>44</sup>. Ici également, la sanction de l'indétermination est la nullité absolue.

---

<sup>42</sup> Caisse populaire Ste-Ursule (Ste Foy) c. Centre d'Achats Neilson Inc. [1986] R.D.I. 78 (C.A.). La Cour examinait une clause pénale prévoyant deux pénalités alternatives au choix du céancier. Il y est également prévu le paiement d'un montant à être déterminé à partir d'un calcul basé sur des événements futurs. Voici la clause: « En cas de résiliation du bail par application de la présente clause, le loyer du mois alors en cours et celui des trois (3) mois suivant immédiatement la date de la résiliation ou de toute période plus longue que la loi pourra accorder deviendront immédiatement échu et payables. Par la suite, le locataire devra payer au bailleur à titre de dommages-intérêts contractuels, le dernier jour de chaque mois, jusqu'à la date d'expiration normale du présent bail, une somme égale au loyer stipulé dans les présentes, moins le total des recettes (s'il y en a) tirées par le bailleur de la relocation des lieux. Dans l'une quelconque de ces éventualités, le bailleur pourra, à son choix, exiger qu'au lieu des dommages-intérêts contractuels prévus ci-dessus, le locataire lui paie immédiatement et sans délai en un seul versement, à titre de dommages-intérêts contractuels, une somme égale à la totalité du loyer pour l'entière période restant à courir jusqu'à la date d'expiration normale du présent bail, en plus de toutes sommes pouvant rester dues pour des périodes antérieures à la résiliation du bail». La Cour d'Appel a statué à l'unanimité que la clause était suffisamment claire et qu'elle devait faire loi des parties car non contraire à l'ordre public. Voir également Roger Bisson c. Bannester [1989] R.J.Q.2359 (C.S.) qui englobe dans les événements futurs l'accroissement possible du coût de la vie. En pratique, il est très difficile de trouver en jurisprudence québécoise, des décisions annulant une vente pour indétermination du prix. C'est d'ailleurs cela qui distingue ce droit de son homologue français avec lequel, il partage le même principe. A savoir, pas de vente sans prix déterminé.

<sup>43</sup> Thérèse Rousseau-Houle, Précis du droit de la vente et du louage, supra note 32, p. 63 et s.; D.- C. Lamontagne, supra note 33; P.-G. Jobin, supra note 33.

<sup>44</sup> Article 1373 C.c.Q

Quant au droit italien, le contrat y est, comme ailleurs, considéré comme un accord créateur d'obligations<sup>45</sup>. Or si l'on s'en tient à des dispositions comme les articles 1174 et 1288 du Code civil italien qui parlent de «la prestation qui forme l'objet de l'obligation», l'obligation a un objet. C'est la prestation due par le débiteur. Et suivant l'article 1346: «L'objet du contrat doit être possible, licite déterminé ou déterminable».

En fait l'objet ainsi défini est en réalité la prestation due, comme on peut le déduire des articles 1347<sup>46</sup>, 1348<sup>47</sup> et 1349<sup>48</sup> du Code civil italien. Et du fait qu'en marge de ces dispositions, l'article 1147 du même Code parle formellement de «prestation qui forme l'objet de l'obligation», il est clair que la prestation constitue bel et bien l'objet de l'obligation. Et la formule «objet du contrat» telle qu'utilisée par le Code civil italien signifie bien l'objet de l'obligation née du contrat<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Article 1321 du Code civil italien: «le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties pour constituer, régir ou éteindre entre eux un rapport juridique patrimonial».

<sup>46</sup> «Le contrat soumis à condition suspensive ou à terme est valable, si la prestation, initialement impossible, devient possible avant la réalisation de la condition ou l'échéance du délai».

<sup>47</sup> «La prestation de choses futures peut faire l'objet d'un contrat, sauf les prohibitions particulières prévues par la loi»

<sup>48</sup> «Si la détermination de la prestation formant l'objet du contrat est déferée à un tiers, et s'il n'appert pas que les parties aient voulu s'en remettre à son seul arbitre, ce tiers doit procéder avec une appréciation équitable. Si la détermination du tiers fait défaut ou si elle est manifestement inique ou erronée, la détermination est faite par le juge. La détermination déferée au seul arbitre du tiers ne peut être attaquée si sa mauvaise foi n'est pas prouvée. Si la détermination du tiers fait défaut et que les parties ne se mettent pas d'accord pour le remplacer, le contrat est nul. Pour déterminer la prestation, le tiers doit également tenir compte des conditions générales de la production à laquelle le contrat se réfère éventuellement»

<sup>49</sup> Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, 9<sup>e</sup> éd., Milan Giuffrè, 1959, no. 99 cité par Hélène Courtois, «objet, cause et lésion du contrat» (rapport sur le droit italien) p. 97 (note 2) dans Objet, cause et lésion du contrat publié sous la direction de R. Rodière, supra note 19.

C'est dire que le prix est soumis à la règle de l'article 1346<sup>50</sup>. Il doit être déterminé ou déterminable<sup>51</sup> sous peine de nullité<sup>52</sup>. Quand on dit que le prix doit être déterminé, cela signifie qu'il doit être en principe fixé par les parties elles-mêmes, qu'il doit en principe être chiffré dans la vente. Il s'agit là de la somme que l'acheteur doit payer au vendeur. Le prix pourra aussi être imposé aux parties du fait de l'autorité publique.

Quant à la déterminabilité du prix, cela revient à dire qu'il suffit que l'entente contienne des éléments qui permettent sans influence ultérieure possible de la volonté des parties, de déterminer le prix au moment de son échéance<sup>53</sup>. Le prix est alors considéré comme déterminable.

---

<sup>50</sup> Cass. 20 mai 1966, no 1288, Foro Padano, 1968, I, 482.2.; voir également E. Roppo, « Sugli usi giudiziari della categoria indeterminazione/indeterminabilità dell'oggetto del contratto », sous Cass., 27 sept 1978, *giur. It.*, 1979, 146, cité par Denis Tallon *infra* note 195. Cet arrêt tranche un litige qui oppose un artisan constructeur de mécanismes pour harpes à un client qui en avait passé commande dans des termes imprécis: «V. Salvi s'engage à commander à G. Boffardi une nouvelle série de mécanismes pour harpes». Comme suite à la volonté du client de connaître les conditions de la vente, dont le prix, l'artisan avait tenté de se soustraire à ses obligations en demandant à la Cour suprême de prononcer la nullité du contrat en raison du caractère extrêmement général de l'obligation et de l'indétermination du prix. La Cour de cassation maintient le contrat en décidant qu'«il n'était pas nécessaire que l'objet soit déterminé, mais suffisant qu'il soit déterminable»; que si les parties établissent qu'un des éléments du contrat doit être déterminé par un accord ultérieur à sa conclusion, l'on doit considérer cet élément comme déterminable...». L'étude de la jurisprudence montre que la règle qui établit la nullité du contrat pour indétermination de l'objet est le plus souvent évoquée par un cocontractant de mauvaise foi pour échapper à ses propres obligations, ce qui explique que les décisions par lesquelles les juges refusent de prononcer la nullité posée par l'article 1346 soient manifestement plus nombreuses que celles qui annulent les contrats.

<sup>51</sup> Article 1346 Code civil italien, «L'objet du contrat doit être possible, licite, déterminé ou déterminable».

<sup>52</sup> Il faut toutefois souligner qu'en droit italien, le prix est perçu comme un élément de qualification du contrat de vente plutôt que comme l'objet. Voir Cass. 26 Janv. 1963, *Voca Vendita*, 2933, no.1, *Riv. dir. comm.*, VII. LXI, p.11, note Rosario Nicolo cité par Denis Tallon, *infra* note 195.

<sup>53</sup> Hélène Courtois, dans, Objet, cause et lésion du contrat, *supra* note 19, p. 99 et s.; Cass. 22 décembre 1970, no. 2736 dans, *R. F. I.*, (1971) «contratto in genere», cité par D. Tallon, *supra* note 195, p. 25.

En pratique, il s'agit de la référence à un prix de bourse, à la référence au marché ou à une tierce personne<sup>54</sup>. Tout bien considéré, dans un contexte où il est exigé que le prix soit déterminé ou déterminable, il est bon que le contenu de ces notions soit bien cerné. Ainsi, même si le terme *déterminé* renvoie assez naturellement à l'idée que le prix doit pouvoir être connu, identifié à travers la lettre du contrat, il ne faut pas entendre par là que le contrat doit contenir le prix sous la forme d'un montant chiffré. Exiger cela serait d'une rigidité susceptible de nuire à la transaction. En effet, cela peut s'avérer impossible pour les parties.

Cette impossibilité est parfois due à de multiples facteurs tels la quantité de la marchandise, le nombre de livraisons, les conditions de la livraison, etc. Les parties pourraient alors préférer se donner une marge de manoeuvre en prévoyant dans leur entente qu'elles confient à un tiers la détermination du prix. Ce dernier aura le temps et les moyens d'arrêter un prix qui soit conforme à l'économie générale du contrat. Le prix serait par là même rendu *déterminable*. Une telle attitude ne saurait invalider l'entente puisque comme l'admettent les juges, cela reviendrait à prévoir dans le contrat tous les éléments permettant de faire connaître le prix à l'échéance.

---

<sup>54</sup> Article 1474 «Si le contrat a pour objet des choses que le vendeur vend habituellement et si les parties n'ont pas déterminé le prix, ni convenu de quel mode le déterminer, et qu'il n'ait pas été fixé par acte de l'autorité publique, il est présumé que les parties ont voulu se référer au prix normalement pratiqué par le vendeur. S'il s'agit de chose ayant un prix de bourse ou de marché, le prix en est relevé dans les notes ou les mercuriales du lieu où doit être exécutée la livraison, ou dans celles de la place la plus voisine. Si les parties ont entendu se référer au juste prix, les dispositions des alinéas précédents sont applicables; et, lorsque se présentent des cas non prévus par ceux-ci, le prix, à défaut d'accord, est déterminé par un tiers, nommé conformément au deuxième alinéa de l'article précédent»

## 2 Les droits n'exigeant ni la détermination ni la déterminabilité du prix.

Dans cette catégorie, il est question par exemple du Danemark, des Pays-Bas, de l'Allemagne. Le droit danois en effet, considère que la détermination du prix ne constitue pas un élément essentiel de la vente<sup>55</sup>. Cela explique en partie le refus des pays nordiques de ratifier la deuxième partie de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>56</sup>. Quant aux textes pertinents du Code civil néerlandais de 1838, ils sont inspirés du Code civil français<sup>57</sup>. Autant dire que le prix dans le contrat de vente était un élément essentiel. Par la suite cependant, la jurisprudence a dessiné une nette tendance à vouloir sauver le contrat de vente quand bien même le prix ne serait pas fixé. Elle a ainsi admis la référence sous entendue à l'usage ou à l'équité<sup>58</sup>, aux relations antérieures des parties<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Voir article 5 de la Loi no. 102 du 6 avril 1906 sur la vente. Ce texte est ainsi libellé: «si une vente est conclue sans qu'il ait été convenu du montant du prix de vente, l'acheteur est tenu de payer ce qu'exige le vendeur pour autant qu'un tel prix ne puisse être considéré comme exorbitant»

<sup>56</sup> Supra note 195, p. 44.

<sup>57</sup> Ainsi l'article 1356 est inspiré de l'article 1108 du Code civil français «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention. Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation», l'article 1493 de l'article 1582 du Code civil français «La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé», 1501 de 1591 et 1592 Code civil français «Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties»; «Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente».

<sup>58</sup> Hof's Gravenhage, 21 mars 1938, N.J. 1938.575, cité par Denis Tallon supra note 195 à la note in fine 2.1.3.04 (3).

<sup>59</sup> H.R. 3 mars 1961, N.J. 1961,275.

Résultat de cette évolution, le nouveau Code civil<sup>60</sup> renverse formellement le principe de la nécessité du prix dans les contrats de vente. Désormais, il suffit que le prix à payer par l'acheteur soit raisonnable<sup>61</sup>, ce prix devant être fixé en regard de ceux communément pratiqués par le vendeur à l'époque de la conclusion du contrat. En droit allemand, il n'existe pas de disposition spécifique à cette question. Cette matière est soumise à l'application des règles générales qui gouvernent la détermination ou le caractère déterminable des prestations dans les contrats synallagmatiques<sup>62</sup>. Suivant ces règles, une prestation promise doit être déterminée ou à tout le moins déterminable. Mais à la différence des droits français ou italien, ce principe ne fait l'objet d'aucune mention expresse dans le Code civil allemand. Certaines dispositions y font implicitement allusion.

C'est le cas de l'article 241 du Code civil allemand qui dispose qu'en vertu du rapport existant entre eux, le créancier doit exiger du débiteur une prestation. Cette prestation peut avoir un contenu juridique, mais les personnes du créancier et du débiteur ainsi que le contenu de la prestation doivent toujours être déterminés ou du moins déterminables, sinon, il n'existe pas un rapport d'obligation valable<sup>63</sup>. En principe, les parties doivent déterminer elles-mêmes le contenu des éléments du contrat lors de la conclusion.

---

<sup>60</sup> Voir supra note 18.

<sup>61</sup> Voir supra note 18.

<sup>62</sup> Denis Tallon supra note 195, p. 27; Michel Pedamon, «Les apports du droit comparé: les solutions allemandes en matière de détermination du prix» dans La détermination du prix: nouveaux enjeux, Paris, Dalloz, p. 67 et s.

<sup>63</sup> Palandt-Heinrich (241, Anm. 2b, B.G.H.Z., 55, 250) cité par Denis Tallon infra note 195, p. 9.

Lorsqu'elles ne s'entendent pas encore sur tous les points entrant dans la formation de leur contrat, celui-ci, dans le doute, n'est pas conclu<sup>64</sup>.

Mais il ne s'agit là que d'une disposition interprétative, inapplicable si les parties souhaitent de toute évidence être liées, nonobstant les points non aplanis. Ce fut le cas (du moins selon les juges) dans un arrêt de la Cour fédérale de justice à propos des rapports entre un fermier et une coopérative laitière<sup>65</sup>.

Conformément à une réglementation relative au lait et aux matières grasses, un fermier n'était tenu de livrer qu'à une certaine coopérative qui, de son côté, était obligée de se fournir chez les fermiers qui lui sont attribués. Suivant la loi, fermier et coopérative se trouvent donc dans une situation où ils étaient potentiellement contractants.

Les juges ont estimé que les parties avaient voulu être liées contractuellement, bien qu'elles n'aient pas fixé de prix pour la vente du lait. C'est qu'en l'espèce, elles avaient commencé à exécuter le contrat.

Voici donc qu'une vente sans prix peut bel et bien être considérée comme valable. Alors, comment le prix dans un tel cas sera ultérieurement déterminé? Le droit allemand répond comme suit:

---

<sup>64</sup> Article 154: «Tant que les parties ne se sont pas mises d'accord sur tous les points du contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement des deux parties devaient être l'objet de convention, le contrat, dans le doute, n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit».

<sup>65</sup> B.G.H.Z., 41, 271 (275) cité par Denis Tallon, *infra* note 195, p. 28 à la note *in fine* 2.1.1.17 (4).

«Lorsque l'étendue de la contre-prestation promise en échange d'une prestation n'est pas déterminée, la détermination appartient, dans le doute, à celle des parties qui a le droit de réclamer cette contre-prestation»<sup>66</sup>.

Cette disposition couvre toutes les prestations contractuelles, pas seulement le prix. Appliquée à ce dernier, elle jouera lorsque les parties sont d'accord pour qu'un prix soit payé et en laissent ouvert le montant. Il s'agit en outre, d'une règle d'interprétation qui prévoit que le prix, quoique non déterminé, est considéré comme déterminable et que le contrat est parfaitement valable<sup>67</sup>.

## **Section II La Common Law.**

En *common law*, la détermination du prix ou son indétermination dans le texte du contrat n'est pas appréhendée comme une exigence dont le défaut conduirait systématiquement à la négation de l'existence du contrat. Considérons successivement le droit anglais et le droit américain.

---

<sup>66</sup> Voir l'article 316 B.G.B. (Code civil allemand).

<sup>67</sup> Supra note 195, p. 29.



## 1 Le droit anglais.

Avant le XVII<sup>e</sup> siècle, le droit anglais ne reconnaissait pas d'action au vendeur dans le cadre d'une vente sans prix. Une action en paiement du prix ne pouvait pas être intentée, aucun prix ne figurant à la vente. Les parties avaient la responsabilité de déterminer le contenu de leurs obligations. Il n'appartenait pas aux tribunaux de «faire un contrat pour les parties»<sup>68</sup>. Par la suite le développement de l'*action of assumpsit* est venu fournir une base au vendeur, lui permettant de réclamer un *reasonable price* pour des biens ou services fournis à l'acheteur. Ce remède initialement limité aux ententes exécutées<sup>69</sup>, fut étendu à celles dont l'exécution n'avait pas encore débuté<sup>70</sup>. En 1893, le Sale of Goods Act (consolidé en 1979) , codifia plusieurs «clauses implicites» (*implied terms*) élaborées par la jurisprudence. Pour ce qui est du prix, il contient les dispositions suivantes: l'article 8,

«(1) The price in a contract of sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the contract, or may be determined by the course of dealing between the parties. (2) Where the price is not determined as mentioned in subsection (1) above the buyer must pay a reasonable price. (3) What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case»,

---

<sup>68</sup> Voir les développements historiques formulés par J. Windeyer, dans Hall v. Busst (1960) 104 C.L.R. 206, 240-243.

<sup>69</sup> Isabelle Corbisier " La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises" (1988) R.J.D.C., 794.

<sup>70</sup> Acebal v. Levy (1834) 10 Bing. 376 et Hoadly v. M'Laine (1834) 131 E.R. 982.

mais aussi l'article 9 qui dispose :

«(1) Where there is an Agreement to sell goods on the terms that the price is to be fixed by the valuation of a third party, and he cannot or he does not make the valuation, the agreement is avoided; that if the goods or any part of them have been delivered to and appropriated by the buyer he must pay a reasonable price for them. (2) Where the third party is prevented from making the valuation by the fault of the seller or buyer, the party not at fault may maintain an action for damages against the party at fault».

Ces dispositions inspirées de clauses qui sont issues de la pratique juridictionnelle illustrent bien que les juges étaient de plus en plus enclins à secourir les commerçants en validant des ententes *a priori* juridiquement insatisfaisantes. En fait, ils ont choisi d'assister plutôt que de tenir en échec l'intention des parties de se trouver liées par leurs dispositions contractuelles<sup>71</sup>. Ils n'iront toutefois pas jusqu'à faire le contrat des parties<sup>72</sup>. À ce sujet d'ailleurs voici quelques mots de Lord Wright dans Hillas v. Arcos<sup>73</sup>:

«Business may often record the most important agreement in crude and summary fashion; modes of expression sufficient and clear to them in the course of their business may appear to those unfamiliar with the business far from complete and precise. It is accordingly the duty of the

---

<sup>71</sup> Isabelle, Corbisier supra note 67, p. 795.

<sup>72</sup> Fridman, «Construing, without constructing, a contract», 76 (1960) L.Q.R., 524.

<sup>73</sup> Hillas v. Arcos (1932) All. E.R. Rep. 494, 503.

court to construe such documents fairly and broadly, without being too astute or subtle in finding defects; but, on the contrary, the court should seek to apply the old maxim of English law, *verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*. That maxim, however, does not mean that the court is to make a contract for the parties...».

Le décor du droit anglais ainsi fixé, considérons successivement les hypothèses où le contrat ne contient pas de clause de détermination du prix, et celles dans lesquelles la fixation du prix relève d'un accord ultérieur.

### 1.1 La vente ne contient pas de clause de détermination du prix.

Nous écrivions plus haut que l'évolution de la jurisprudence a abouti notamment aux articles 8 et 9 du Sale of Goods Act. Et ce sont précisément les alinéas 2 et 3 de l'article 8 qui fournissent la réponse à l'hypothèse que nous examinons. Ils prévoient que si l'entente ne contient pas de clause de détermination du prix, l'acheteur devra payer un prix raisonnable, dont la teneur sera fonction du cas d'espèce<sup>74</sup>. Il faut cependant rappeler que le processus qui mène à ce résultat repose avant tout sur l'intention présumée des parties de conférer malgré tout à leurs clauses contractuelles toute l'efficacité nécessaire<sup>75</sup>. Qu'en est-il si la détermination du prix dépend d'un accord ultérieur?

---

<sup>74</sup> Acebal v. Levy, *supra* note 70, p. 952. Le prix «raisonnable» sera habituellement, mais pas nécessairement, le prix au marché de la livraison. Voir Howard, «Open Terms as to the Price in Contracts for the Sale of Goods», 48 (1974) Aus. L. J., 419-420.

<sup>75</sup> Fridman *supra* note 72, p. 535.

## 1.2 La fixation du prix dépend d'un accord ultérieur.

Ici encore le juge cherchera d'abord à vérifier l'intention des parties d'être liées immédiatement par leur entente, malgré la remise de la fixation du prix à un accord ultérieur. Il faut souligner qu'il y a eu une évolution sur cette question<sup>76</sup>. Le point de départ de cette évolution est l'arrêt May & Butcher v. The King<sup>77</sup>. Dans cette espèce, un contrat avait été conclu pour la vente d'une marchandise dont la quantité ne pouvait être connue qu'au fur et à mesure où la période contractuelle s'écoulait. Les parties avaient déjà, durant les années précédentes, conclu des ententes identiques qui, comme le contrat litigieux, disposaient que le prix ferait l'objet d'un accord ultérieur. Il en était ainsi parce que les parties s'estimaient incapables de le fixer compte-tenu de leur ignorance de la quantité devenant effectivement disponible durant la période contractuelle. De plus, le contrat contenait une clause d'arbitrage visant à résoudre les litiges (*disputes*) relatifs au contrat. La convention fût invalidée pour les motifs suivants: le prix est un élément essentiel du contrat de vente et un accord relatif à cet élément est nécessaire à la perfection du contrat; le Sale of Goods Act ne prévoit l'implication d'un prix raisonnable que dans l'hypothèse du silence du contrat quant au prix; puis pour clore le tout, il est affirmé que la clause d'arbitrage ne pourrait s'appliquer aux différends ayant trait à la naissance même du contrat.

---

<sup>76</sup> Isabelle, Corbisier, *supra* note 69, p. 796-800.

<sup>77</sup> May & Butcher v. The King (1934) 2 K.B. 17.

Comme l'intention des parties d'être quand même liées était assez évidente, cette décision a été jugée «*commercially unsound*» (commerciallement contestable)<sup>78</sup>.

Et comme la jurisprudence anglaise est très attachée à l'effectivité des affaires, à l'efficacité commerciale, elle s'est hâtée de circonscrire la doctrine découlant de l'affaire May & Butcher. Elle commença avec la décision Hillas and Co Ltd. v. Arcos Ltd.<sup>79</sup> où se posait le problème de la validité d'un contrat de fourniture de bois. La convention prévoyait sans aucune autre précision que la marchandise devait être de «*standards of softwood goods of fair specification*». Durant l'année 1930, le contrat fut exécuté sans problème. Le litige est survenu quand les acheteurs ont tenté de se prévaloir de l'option de renouvellement prévue au contrat. Les vendeurs avancèrent que l'objet du contrat était insuffisamment déterminé. La Cour d'appel invalida le contrat en invoquant l'autorité de la décision May & Butcher précitée. La Chambre des Lords renversa cet arrêt en estimant que, dans May & Butcher, elle n'avait pas voulu poser un principe «universel», et fit remarquer ensuite que la complexité des contrats dont l'exécution est appelée à s'étendre dans le temps empêche la détermination précise de certains éléments; une telle détermination apparaissant d'ailleurs comme non essentielle quand malgré tout les parties entendent être liées (Lord Wright citant la détermination du prix comme un exemple caractéristique en la matière).

---

<sup>78</sup> Howard, « Contracts Expressly Providing for Further Agreement », (1977) 4 Otago L. Rev. , p. 14-17.

<sup>79</sup> (1932), 147 (L.T.), 503.

Et la Chambre des Lords de conclure que la démonstration de l'existence de l'intention des parties d'être liées par leur convention, en l'espèce suffisamment attestée, doit conduire à l'implication d'un terme raisonnable lorsqu'une détermination expresse n'a point été faite. Ce raisonnement a été par la suite appliqué dans Foley v. Classique Coaches<sup>80</sup>.

Dans cette espèce, où était appréciée la validité d'une clause renvoyant à un accord ultérieur la détermination du prix, les faits étaient les suivants: un homme avait acheté un terrain sur lequel il voulait mener une activité commerciale. La vente du terrain était conditionnelle à l'engagement de la part de l'acheteur de se fournir auprès du vendeur pour tout le pétrole qui serait nécessaire au fonctionnement de son commerce «à un prix à convenir de temps en temps». Le contrat contenait également une clause d'arbitrage destinée à régler tout «litige ou différend» (*disputes or difference*) en rapport avec l'interprétation du contrat ou son objet.

Trois ans durant, la convention a reçu exécution. Ensuite, l'acheteur acheta son pétrole ailleurs en invoquant l'invalidité du contrat pour indétermination du prix. La Cour d'appel s'inspirant de la décision Hillas v. Arcos précitée, prononça la validité de l'entente en affirmant que les contrats doivent être examinés cas par cas, et que pour ce qui est de l'espèce en jugement, l'intention des parties d'être liées par leur contrat découlait de ce qu'elles l'avaient exécuté pendant trois ans.

---

<sup>80</sup> (1934) 2 K.B. 1. Voir plus Généralement, Edward Errante: Le droit anglo-américain des contrats, Paris, L.G.D.J., Jupiter, 1995, no. 3.

Mais un tel raisonnement n'est pas à lui seul suffisant pour sauver le contrat, le prix arrêté pouvant malgré tout s'avérer déraisonnable. Les juges ajouteront alors un deuxième axe à leur raisonnement en décidant, de voir dans la clause d'arbitrage, la volonté implicite des parties d'arriver à la fixation d'un prix raisonnable, advenant des divergences entre elles. Le développement jurisprudentiel qui a suivi reste toujours pétri de la volonté des juges anglais d'assurer l'effectivité des transactions, chaque fois que cela est possible.

## 2 Le droit américain.

Le droit américain apparaît, de tous les droits envisagés jusqu'à maintenant comme le plus «sauveur des contrats»<sup>81</sup>. Pour en arriver là, ce droit a connu une fascinante évolution. Au départ, le droit en la matière était bâti sur la stricte application de l'autonomie de la volonté dans le contrat. L'autonomie, telle qu'envisagée ici, n'était nullement tempérée par des considérations relatives à la bonne foi<sup>82</sup>.

Cependant, des règles simples et strictes étaient nécessaires en matière d'offre et d'acceptation pour des raisons de certitude et de prévisibilité<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Isabelle Corbisier supra note 69, p. 804.

<sup>82</sup> Voir Holmes, «A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good Faith Disclosure in Contract Formation», (1978) 39 U. Pitt. L. Rev., 381, 386-388.

<sup>83</sup> Holmes Ibid, p. 385.

Mais, comme on peut l'imaginer, ce double idéal de stricte application de l'autonomie de la volonté et de stricte détermination, c'est-à-dire de précision, ne pouvait que décevoir les attentes des parties. Alors de manière subtile commença la désintégration du droit classique. Les besoins exprimés par les commerçants reçurent une réponse de plus en plus satisfaisante. Par exemple, les règles régissant l'erreur et l'absence de *consideration* ou de *mutuality* ont commencé à servir de fondement à la sanction de ce qui en dernière analyse est l'absence de bonne foi de l'un des co-contractants<sup>84</sup>.

En outre, l'utilisation des techniques d'interprétation pour «sauver le contrat» a connu un essor considérable<sup>85</sup>. Puis graduellement, la réaction contre le double idéal (certitude et prévisibilité) dont nous faisons état plus haut se fit de plus en plus nette. On a reproché aux juges d'utiliser, dans le but de sauver les contrats, des subterfuges qui n'étaient pas toujours fiables: les résultats pouvaient varier d'un Etat à l'autre et même d'un juge à l'autre. Tout étant fonction du libéralisme jugé approprié dans les circonstances<sup>86</sup>. Ce qui conduit à des incertitudes, c'est-à-dire à des résultats complètement à l'encontre de l'objectif de départ<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 388-389.

<sup>85</sup> Les tribunaux posèrent le principe selon lequel le contrat doit être interprété dans le sens de sa validité plutôt qu'une autre interprétation conduisant à son invalidation. Voir dans ce sens, *American Sugar Refining Co v. Newman Grocery Co* 284 F. 835 (1923); *Avalon Products v. Lentini*, 19 P. 2d 485 (1950).

<sup>86</sup> Voir Llewellyn, «Book Review», (1959) 4 *Harv. L. Rev.* 700, 703.

<sup>87</sup> Voir Prosser, «Open Price in Contracts for the Sale of Goods», (1932) 16 *Minn. L. Rev.* 733.



En vérité, le besoin de transformation procurant une plus grande sécurité juridique, donc une plus grande sécurité des affaires, se faisait de plus en plus sentir. Il fallait reconnaître aux magistrats le droit de combler le vide laissé par les parties alors qu'elles avaient l'intention d'être liées par leur contrat. Il semblait aussi inévitable de reconnaître dans le processus de fixation du prix, un standard objectif de bonne foi<sup>88</sup>. À ces préoccupations, l'article 2 (concernant le droit de la vente) du Uniform Commercial Code, est venu fournir une réponse en ces termes:

«Article 2-204(3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy. Article 2-305 Open price term: (1) The parties if they so intended can conclude a contract of sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time of delivery if (a) nothing is said as to the price; or (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded. (2) A price to be fixed by the seller or the buyer means a price for him to fix in a good faith. (3) When a price left to be fixed otherwise than by agreement of the parties fails to be fixed through fault of one party the other may at his option treat the contract as cancelled or himself fix a

---

<sup>88</sup> Voir Farnsworth, «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under The Uniform Commercial Code», (1963) 30 U. Chi. L. Rev., 668-669, (la bonne foi au sens objectif du terme impose, selon l'auteur, un devoir de coopération à la charge de chacune des parties afin que l'autre partie ne puisse être déçue dans ses attentes raisonnables).

reasonable price. (4) Where, however, the parties intend not to be bound unless the price be fixed or agreed and it is not fixed or agreed there is no contract. In such a case the buyer must return any goods already received or if unable to do so must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account»<sup>89</sup>.

Des dispositions qui précèdent, Speidel dira qu'elles consacrent le «triomphe des standards au détriment des règles»<sup>90</sup>, standards en tête desquels il faut placer l'intention des parties d'être liées par leur contrat<sup>91</sup>. En effet, c'est seulement quand le juge aura constaté cette intention, qu'il mettra en oeuvre le standard du prix raisonnable afin de remplir le vide laissé par les parties. Comme standard essentiel après celui dont nous venons de faire état, il y a la «base raisonnablement certaine permettant de procurer un remède approprié» (*reasonably certain basis for giving an appropriate remedy*).

Le droit américain a donc évolué dans le sens d'un plus grand pragmatisme à l'image du droit anglais. La tendance est davantage à la sauvegarde des contrats et cela explique les solutions fournies aux cas dans lesquels le contrat ne contient pas de clause de fixation du prix, ou celles dans lesquels le prix doit faire l'objet d'un accord ultérieur.

---

<sup>89</sup> Il est à noter que c'est sans modification, que tous les États américains (sauf la Louisiane) ont adopté ces dispositions (voir Anderson, Uniform Commercial Code, article 2-305 3 (1982)).

<sup>90</sup> Speidel, «Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method», (1982) 67 *Cornell L. Rev.*, 785, 790.

<sup>91</sup> Il faut souligner que l'intention des parties est une question dont l'appréciation relève du juge du fond. Voir dans ce sens *Basch v. George Washington University*, 370 A. 2d 1364 (1977): «In ascertaining intent, we consider not only the language used in the contract but also the circumstances surrounding the making of the contract, the motives of the parties and purposes they sought to accomplish».

## 2.1 La vente ne contient pas de clause de fixation du prix.

La position actuelle du droit américain est contenue dans l'article 2 précité du U.C.C. (Uniform Commercial Code). Elle consiste dans ces cas, à appliquer un prix raisonnable. Toutefois, le juge ne pourra recourir à cette méthode qu'après avoir acquis la certitude que les parties avaient malgré tout l'intention d'être liées. Si l'intention fait défaut, le contrat n'existe pas. Si le prix n'existe pas mais une volonté de contracter est établie, le juge pourra alors le fixer lui-même<sup>92</sup>. Ce sera un prix raisonnable selon le moment<sup>93</sup> et le lieu<sup>94</sup> de la livraison. Ce sera généralement au marché d'inspirer ce prix raisonnable, mais pas forcément<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Voir dans ce sens Alter & Son, Inc. v. United Engineers & Constructors, Inc. 366 F Supp. 959 (1973) (l'état d'urgence dans lequel se trouvait l'acheteur démontre son intention d'être lié). Le commentaire de l'article 2-204 est de nature à faire penser que plus il y a des termes ouverts, moins il y a des chances que les parties aient voulu être liées par les contrats ( voir Purvis v. United States, 344 F. 2d. 867 (1965); Bethlehem Steel Corp. v. Litton Industries, Inc., 468 A. 2d 581 (1985); L'affaire In Re Pelton 25 U.C.C. Rep. Serv. 2nd (Callaghan) 265, 171 B. R. 641 (W. D. Wis. 1994) dont voici un extrait: «[T]he parties intended to make a contract, even though there was no specific price term in the agreement. The was to be calculated upon the current market value of the feed in the proportion which that expense bore among other defined expenses to the sale price of the cattle. The contract for the sale of crops and feed would not fail for indefiniteness. There was an attempt to contract and a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy».

<sup>93</sup> Voir Robinson v. Stevens Industries, Inc., 290 S.E. 2d. 336 (1982).

<sup>94</sup> Voir Lamberta v. Smiling Jim Potato Co., 3 U.C.C. Rep. Serv. 981 (1966).

<sup>95</sup> Boca Chica Hardware Co. v. AG-Spray Supply Co. 479 S.W. 2d 107 (1972); Pulprint Inc. v. Louisiana Pacific Corp. 477 N.Y.S. 2d. 540 (1984); Spartan Grain & Mill Co. v. Ayers, 517 F. 2d 214 (1975). Dans cette dernière affaire, il était question d'une transaction relativement complexe où l'acheteur s'était engagé à acquérir exclusivement auprès du vendeur, de la nourriture pour volailles et en contrepartie, le vendeur s'engageait à acheter tous les oeufs produits par l'acheteur et à les faire éclore. Le juge refusa l'introduction d'éléments prouvant que le vendeur avait demandé pour la nourriture un prix plus élevé que celui pratiqué par d'autres vendeurs de la même marchandise, estimant qu'il était normal que l'acheteur paie davantage étant donné que le vendeur lui fournissait en outre un marché pour ses oeufs.

## 2.2 Le prix doit faire l'objet d'un accord ultérieur.

Dans cette hypothèse, le premier réflexe doit être de vérifier l'intention des parties d'être liées ou pas. Si c'est le cas, le juge américain procédera à la détermination d'un prix raisonnable<sup>96</sup>. Contrairement aux droits belges et français qui semblent beaucoup plus attachés à des principes généraux, théoriques, les droits anglais et américains semblent plus soucieux de la sécurité juridiques des affaires, ils sont plus pragmatiques.

### Section III La Convention de Vienne.

Les articles 14<sup>97</sup> et 55<sup>98</sup> de la Convention de Vienne sont deux dispositions qui traduisent, à leur manière, l'opposition de vue entre des systèmes juridiques nationaux qui ne partagent pas nécessairement, la même conception de la liberté contractuelle.

---

<sup>96</sup> Voir Mickelian Sales Co., Inc. v. Nathan Gilbert & Sons, Inc., 4 (1967) U.C.C. Rep., 852; «Matter of National Equipment Rental Ltd», 8 (1970) U.C.C. Rep., 346; Schmieder v. Standard Oil Co., 230 N.W. 2d. 732 (1975); Frankling Grain & Supply Co. v. Ingram, 358 N.E. 2d 922 (1976).

<sup>97</sup> L'article 14 (figurant dans la deuxième partie qui traite de la formation du contrat) qui dispose:

«Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix et donne des indications permettant de le déterminer»

<sup>98</sup> 55 (placé dans la troisième partie relative à l'exécution du contrat) ainsi rédigé: «Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement, ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées aux prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables».

Ainsi à la rigidité du droit français (et des systèmes qui s'en inspirent), s'opposent la souplesse et le réalisme de la *common law*, notamment des droits anglais et américain, qui font confiance à la sagesse des parties et au jeu du marché. Dans le premier cas, l'exigence d'un prix déterminé ou à tout le moins déterminable, à partir d'éléments de référence objectifs stipulés dans le contrat, est très clairement affirmée par la jurisprudence, qui applique l'article 1591 du Code civil français<sup>99</sup> régulièrement et dans toute sa rigueur<sup>100</sup>. Dans le second, on admet en matière de vente de marchandises, l'*open price contract*. Les parties peuvent ne pas faire cas du prix lors de la conclusion du contrat. Le jeu de certaines règles supplétives permettra alors de le déterminer au stade de l'exécution<sup>101</sup>. Cette différence de philosophie s'est transportée dans la caravane des concepteurs de la Convention de Vienne, et a pu finalement se nicher au coeur même du texte de la Convention, sous la forme des articles 14 et 55<sup>102</sup>. Avant d'aller plus loin, il faut dire que, en plus de la différence d'orientation entre la *common law* et le droit civil, ces deux dispositions ont également un peu à voir avec l'affrontement entre les pays occidentaux d'une part, les pays socialistes et ceux du tiers-monde de l'autre.

---

<sup>99</sup> Le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties.

<sup>100</sup> Un prix est déterminé dès lors que la somme que doit payer l'acheteur est stipulée au contrat. Le prix est réputé déterminable lorsque les parties ne veulent pas s'engager sur un prix dont le montant est d'ores et déjà fixé lors de la vente. Dans ce dernier cas, la fixation du prix doit se faire en vertu des clauses du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté de l'une ou l'autre des parties (cette définition se dégage d'un des attendus de la chambre commerciale de la Cour de cassation; voir Cass. com., 16 novembre 1993, J.C.P., 1994. II. 22287).

<sup>101</sup> Jolowicz, Le droit anglais de l'arbitrage, Précis Dalloz, 1986, p. 241; R. David, infra note 112 .

<sup>102</sup> Supra note 97 et 98.

En effet, les premiers, dans le respect de ce qui était prévu dans la LUVI<sup>103</sup>, mais aussi dans leurs propres droits nationaux, affirmaient et soutenaient le principe selon lequel, si le prix n'a pas été fixé par les parties elle-mêmes, on doit appliquer le prix normalement pratiqué par le vendeur ou alors, celui qui prévaut sur le marché. Ce qui souleva l'ire des seconds. Pour eux, une telle solution favoriserait considérablement le vendeur. Or les occidentaux sont en général les vendeurs. C'est dire que la formule repoussée par les pays socialistes et les pays du tiers-monde, si elle avait été retenue, aurait sanctionné la suprématie des pays occidentaux. C'est pour cette raison que les pays socialistes et ceux du tiers-monde ont choisi d'insister pour que la Convention de Vienne établisse que, sans la détermination expresse du prix, le contrat de vente ne saurait être tenu pour valablement conclu. On a même craint à la Conférence de Vienne qu'une rupture compromette le sort de la Convention dans son entier<sup>104</sup>. Et ce n'est qu'après de nombreuses tentatives de médiations de certaines délégations qu'il a été possible de trouver une solution de «compromis»<sup>105</sup> qui, malgré tout, ne cesse de laisser perplexe<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Voir l'article 57 de la LUVI qui stipule qu'en cas de silence sur le prix, l'acheteur est tenu de payer le prix généralement pratiqué par le vendeur au moment de la conclusion du contrat.

<sup>104</sup> Pour un compte-rendu du débat vif qui s'est déroulé à ce sujet entre les différentes délégations, voir, A/Conf.97/c.1/S.R. 24 par. 21-26; A. Conf. 97/c.1/S.R. 25 par. 1-5; A/Conf. 97/c.1/S. R. 29 par. 44-62.

<sup>105</sup> Le terme est de M. J., Bonell, «La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises» (1981) 7 D.P.C.I., p. 24.

<sup>106</sup> Plantard par exemple considère que les articles 14 et 55 de la Convention de Vienne sont plutôt issus d'une dualité de conceptions que d'un compromis véritable; voir J.-P., Plantard, «Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980», (1988) J.D.I., p. 348.

Résultant d'un compromis ou d'une dualité de conception ou pas, les deux dispositions créent de sérieuses difficultés quand vient le moment de les interpréter, surtout de les interpréter dans leur contexte, qui est celui d'une convention qui se veut d'interprétation uniforme<sup>107</sup>. Et il faut garder à l'esprit que l'effort d'harmonisation qui a conduit à la Convention était impulsé par la nécessité de mieux répondre aux besoins de pragmatisme et de souplesse qui sont ceux du commerce international, surtout du commerce international d'aujourd'hui qui baigne dans une mondialisation sans cesse croissante. Aussi n'y a-t-il rien d'étonnant à lire que le but de l'harmonisation en matière de vente internationale était:

«not only to assure a uniform regime for the international sales contracts, but also to be more responsive than the traditional laws to the effective needs of international trade»<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Voir l'article 7 «Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformisation de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé»

<sup>108</sup> Dans Bianca & Bonell, Commentary On the International Sale Law: the 1980 Vienna Sales Convention, Milan, Giuffrè, 1987.

La difficulté d'interprétation de ces deux dispositions<sup>109</sup> est soulignée par les divergences qui peuvent s'observer à propos de chacune d'elles relativement à la nécessité du prix dans l'offre et sur la nécessité du prix dans le contrat.

### **I La nécessité du prix dans l'offre**

Selon la jurisprudence française<sup>110</sup>, une déclaration de volonté n'est constitutive d'une offre que, si elle est précise et complète: l'offre doit contenir en principe des propositions relatives à tous les éléments essentiels du contrat, de telle sorte qu'il suffira de l'adhésion du destinataire pour former l'accord. Dans la vente, il s'agit de la chose et du prix. C'est dire que le prix dans la vente est considéré comme un élément essentiel, nécessaire à la validité de l'offre<sup>111</sup>. Vu sous cet angle, à travers le prisme du droit national, l'article 14 de la Convention de Vienne revient à obliger les parties à préciser le prix dans l'offre. Du coup, cette disposition apparaît comme traduisant un droit d'inspiration civiliste. Nous avons tendance à la voir comme une survivance de l'approche civiliste dans le texte de la Convention.

---

<sup>109</sup> Pour en avoir une bonne idée, lire J. Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Kluwer, Deventer (NL), 1989; G. Eorsi, commentaires formulés à propos des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne, dans Bianca et Bonell supra note 108, p. 132 à 136 et 401 à 405; Francesco Adami, «Les contrats "open price" dans la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1989) R.D.A.I., p. 103 et s.; V. Fortier, «Le prix dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises», (1990) J.D.I., p. 381 et s.; V. Heuzé, supra note 12, 1992, p. 126 et s.; C. Mouly, «Le prix de vente et son paiement selon la Convention de Vienne», Droit des affaires, CEE International 1990, p. 61 et s.

<sup>110</sup> Weil, Droit civil: les obligations, Paris, Dalloz, 1991, p. 147 et s.

<sup>111</sup> Voir l'article 1583 du Code civil français; Cass, com. 15 décembre 1964: Bull., civ. III, no. 558; 16 juin 1953: Bull. civ. III, no. 223; J.-L. Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L.G.D.J., 1970, no. 53 et s.



Il ne faut donc pas se surprendre de voir que ce texte ne corresponde pas aux vues des anglo-saxons, notamment des droit anglais<sup>112</sup> et américain<sup>113</sup>. En effet, le droit anglais n'exige pas que le prix soit déterminé dans le contrat de vente au moment de la conclusion du contrat. Il s'accommode parfaitement d'une fixation ultérieure, selon une procédure mise au point dans le contrat ou encore conformément à la façon dont les parties ont l'habitude de traiter, ou encore en proposant que l'acheteur n'aura qu'à payer un prix raisonnable<sup>114</sup>. Le droit anglais se veut ainsi, respectueux de la flexibilité qu'exige la pratique commerciale. Le droit américain est à inscrire dans la même lignée.

---

<sup>112</sup> Le droit anglais a d'abord fait preuve d'un très grand formalisme. Puis, graduellement cela s'est réduit. On a cessé de voir les contrats exclusivement à travers la lettre même des engagements pris. On s'est plutôt de plus en plus référé au critère de l'homme raisonnable en complétant l'engagement des parties par les clauses implicites (*implied terms*) qui raisonnablement y sont adjointes. Clauses expresses et clauses implicites étant à distinguer. Alors que les premières constituent l'engagement des parties, les secondes relèvent du droit supplétif: il ne s'agit pas en effet de régler des questions auxquelles les parties ont pensé, mais au contraire celles sur lesquelles à aucun moment ne s'est portée leur attention. Voir R. David et D. Pugsley, Les contrats en droit anglais, L.G.D.J., 1985, no. 365. Il faut dire que le Royaume-Uni n'a pas encore ratifié la Convention de Vienne. Voir à ce sujet, Barry Nicholas, The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation, Saggi, Conferenze E Seminari, no. 9 éd. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Rome 1993, p. 1 et s.

<sup>113</sup> Uniform Commercial Code des États-Unis, Livre I et II, A Colin, 1971, p. 116, Paulsson, «La détermination du prix dans les contrats, chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux», (1981) D.P.C.I., p. 131-138; I. Corbisier, *supra*, note 69, p. 809; Les articles 9 et 10 du Uniform Sales Act (reproduit dans R. Braucher, A.E. Sutherland Jr, B.F. Willcox, Commercial Transactions: Text, Forms, Statutes, Brooklyn, Foundation Press, 1953, p. 289-292) prévoyait déjà une certaine flexibilité que le U.C.C. a élargi (voir Murray, «The Open Price Sale of Goods Contract in Worldwide setting» (1984) 89 Com. L.J., p. 491)

<sup>114</sup> Voir l'article 8 du Sale of Goods Act de 1979 précité qui a ainsi codifié plusieurs *implied terms* élaborées par la jurisprudence.

Il accepte même qu'une ou plusieurs clauses puissent rester ouvertes, et qu'un contrat de vente ne peut être frappé de nullité pour indétermination lorsqu'il est possible d'établir l'intention des parties de contracter. Quoiqu'il en soit, il suffira que l'acheteur paie un prix raisonnable, si le prix n'a pas du tout été envisagé dans le contrat<sup>115</sup>.

Si l'on s'en tient aux droits anglais et américain, l'article 14 aurait pu ne pas voir le jour. Si le prix est considéré comme indispensable à la précision de l'offre, son indétermination, quoique compatible à la *common law*, ne peut que conduire à l'invalidation de l'offre. En fait, on n'aboutirait à une telle solution que si l'on interprète l'article 14 à la française, c'est-à-dire sous l'influence de la conception que le droit civil se fait de ce que doit être une offre. On peut comprendre l'exigence de la précision de l'offre de vente, on peut comprendre qu'un élément comme le prix soit considéré comme essentiel dans une offre de vente de sorte que celui qui accepte cette offre le fasse en ayant une vue sinon complète du moins assez large de la portée de son engagement, et, que son acceptation ait le maximum de chance de réaliser la formation du contrat. Il y a donc là, des motivations défendables. Par ailleurs, il n'est dit pas dit que tous les pays du monde doivent étrener le même droit dans tous les domaines. Qu'il y ait des différences d'approche n'a donc en soi rien d'étrange.

---

<sup>115</sup> Voir l'article 2.305 du U.C.C. précité. Ce texte joue lorsque le prix n'est pas fixé au moment de la conclusion d'un accord et qu'on peut malgré tout établir la volonté des parties d'être liées; Paulsson, supra note 113.

La difficulté, sinon l'intérêt du débat, vient de ce que cette différence de conception se retrouve dans un texte qui vise précisément à harmoniser les droits internes applicables à un domaine déterminé: celui de la vente internationale des marchandises. L'intérêt de la question des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne, vient donc aussi du fait que la vente à régir n'est pas celle qui ne concerne qu'un droit national donné, mais en est une qui met en cause les intérêts du commerce international. Il ne s'agit donc pas d'une cuisine interne ou l'on peut dire "à chacun son goût". Il est question au contraire d'un champ international où les opérateurs rêvent d'une plus grande harmonisation et s'accommodent mal des divergences, des lenteurs, des rigidités. Comment alors ne pas rester perplexe face à un texte qui, tout en visant un tel objectif, accueille en son sein deux dispositions comme les articles 14 et 55. D'autant plus que la divergence entre les pays soulignée relativement à l'article 14 subsiste dans l'article 55.

## II La nécessité du prix dans le contrat

En effet, le texte de l'article 55<sup>116</sup> est fort compatible avec le droit américain qui admet les *open price contracts*<sup>117</sup>. Il l'est également avec le droit anglais<sup>118</sup> dans lequel la fixation du prix au moment de la conclusion ne conditionne guère la validité de la vente.

---

<sup>116</sup> Supra note 97.

<sup>117</sup> Prosser, supra note 87.

<sup>118</sup> En fait il l'est avec la *common law* en général.

Même en cas de silence total sur le prix, il suffit de payer un prix raisonnable, si l'intention des parties d'être liées malgré tout, peut s'inférer des circonstances.

Toutefois, à l'image de l'article 14 qui restrictivement interprété, ne peut s'emboîter avec la *common law*, l'article 55 heurte la conception civiliste. Il n'y a qu'à penser aux articles 1583<sup>119</sup>, 1591<sup>120</sup> et 1592<sup>121</sup> des Codes civils belges et français par exemple, qui tiennent le prix pour essentiel à la formation du contrat. Sans prix, il n'y a pas vente.

Nous avons affaire à deux dispositions de la Convention de Vienne qui matérialisent deux conceptions juridiques opposées sur la question de la détermination du prix dans la vente. Aussi convient-il de s'interroger sur la manière de les interpréter, de les appliquer, de sorte à réaliser, du moins sur ce point, sinon l'idéal d'uniformisation recherchée, à tout le moins, à l'approcher le plus possible<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> «Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique que la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

<sup>120</sup> Supra note 99.

<sup>121</sup> «Il [le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente».

<sup>122</sup> Il faut dire que pour aussi étrange que puisse paraître la présence des deux dispositions dans la Convention, elle eu au moins le mérite de respecter les divergences nationales. Cela peut se voir, si besoin en est, dans la possibilité pour les États, d'adopter une partie seulement de la Convention. Ainsi les États qui se sentiraient mal à l'aise avec l'article 14 peuvent ne pas adopter la partie II, et ceux qui éprouvent une aversion pour l'article 55 peuvent écarter la partie III. Mais si une telle façon de faire se généralisait, l'existence de la Convention serait à peu près égale à son inexistence. En tout les cas, on s'éloignerait considérablement de l'objectif d'harmonisation et d'uniformisation.

Cela est d'autant plus important que la controverse n'a rien de rassurant puisqu'elle enseigne que les conceptions de droit interne, continuent toujours d'influencer les interprétations.

### **III La difficulté d'interprétation uniforme des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne**

#### **1 La controverse relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne**

Les articles 14 et 55 sont deux dispositions qui ont polarisé sur elles une considérable controverse<sup>123</sup>. Une bonne revue de la littérature en ce domaine, fait apparaître plusieurs positions. Il y a ceux pour qui les articles 14 et 55 sont inconciliables<sup>124</sup>, et ceux qui considèrent ces deux dispositions comme complémentaires malgré tout<sup>125</sup>. La doctrine relevant de la vision "complémentariste" est dans son ensemble d'accord sur un point: l'article 14 vise à obtenir de l'offre qu'elle soit précise (critère objectif) de sorte que l'on puisse déduire la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (critère subjectif)<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Pour une bibliographie significative, voir Bianca & Bonell, supra note 108, p. 843.

<sup>124</sup> V. Heuzé, supra note 12, p. 134-13; Eorsi «Commentaires formulés à propos des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne», dans l'ouvrage collectif publié sous la responsabilité des professeurs Bianca et Bonell, supra note 109, p. 144.

<sup>125</sup> F. Adami, supra note 109, p. 103; Honnold, Uniform Law for International Sales, supra note 109.

<sup>126</sup> Voir Clark Kelso, «The United Nations Convention for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms» (1983) 21 Colum J. Transnat'l L., 529,536; G. Eorsi, dans Bianca & Bonell supra note 109, p. 139; P. Amato, «Recent Development: C.I.S.G. U N Convention on Contracts for the International Sale of Goods-The Open price Term and Uniform Application: An Early Intrepretation by

Toutefois, la convergence cède place à la divergence lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur respective des critères objectif et subjectif contenus dans l'article 14 et 55 en cas d'application concomitante, ou de les concilier.

Pour certains, il faut plutôt appréhender le critère objectif et le critère subjectif contenus dans l'article 14, comme deux exigences-corollaires. Plus l'offre sera précise, plus forte sera l'intention d'être lié. Mais en tout état de cause, il faudra compléter les dispositions de l'article 14 par celles de l'article 55 concernant la détermination du prix<sup>127</sup>. Ce qui traduit l'idée que l'intention d'être lié pouvant se déduire d'autres facteurs même si le prix n'est pas fixé, l'article 55 peut entrer en jeu pour sceller le contrat.

Dans cette perspective, on pourrait dire que les articles 14 et 55 font équipe. Toutefois, l'article 55 ne peut opérer que dans la mesure où le droit national applicable n'invalide pas le contrat dont le prix n'est pas fixé implicitement ou expressément. Ce qui, même encore aujourd'hui, autorise à dire que s'il s'agit du droit français, l'article 55 pourrait ne pas trouver à s'appliquer.

Un autre courant au sein de la vision "complémentariste" est d'avis que l'article 14 renferme essentiellement le critère subjectif qui consiste, en l'intention de l'offrant d'être lié en cas d'acceptation, cette intention étant à préciser au cas par cas.

---

Hungarian Courts», (1993) 13 *J.L. & Com.*, 1.

<sup>127</sup> P. Kahn, «La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1981) *R.I.D.C.*, p. 964-980.

La précision de l'offre, c'est-à-dire le critère objectif, serait quant à elle implicitement prévue par l'article 55 qui est clairement favorable à la validité du contrat dont le prix n'a été fixé ni expressément ni implicitement<sup>128</sup>.

Tout à fait à l'opposé, s'inscrivent ceux qui tiennent les articles 14 et 55 pour inconciliables, et qui soutiennent que l'article 55 ne saurait produire effet que dans l'hypothèse où l'article 14 n'est pas applicable<sup>129</sup>. Or une telle éventualité ne se réaliserait que lorsque les parties auraient expressément écarté l'article 14<sup>130</sup>, ou lorsque l'État en cause s'est abstenu de ratifier la partie II de la Convention<sup>131</sup>.

Suivant cette approche, l'article 55 ne trouvera guère à s'appliquer toutes les fois que l'article 14 s'applique. Et du coup c'est non seulement le caractère inconciliable de ces deux dispositions qui est ainsi affirmé, mais également la prééminence de l'un (l'article 14) sur l'autre (l'article 55) qui est soulignée. Cette orientation consacre l'explication selon laquelle, les auteurs de la Convention auraient eu la volonté de confiner l'article 55 à l'hypothèse où la loi applicable accepte la validité des *open price contracts*<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> J. Honnold, Uniform Law For International Sales, Deventer Kluwer (Boston), 1982, 159-164; 337-339. Il fait remarquer qu'une telle position est conforme à l'article 6 de la Convention qui en reconnaît le caractère supplétif: «Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets».

<sup>129</sup> J.-P., Plantard, supra note 106, p. 311.

<sup>130</sup> Prérrogative qui leur est reconnue par l'article 6 de la Convention supra note 6.

<sup>131</sup> L'article 92 prévoit que «tout État contractant pourra, au moment de la signature [...] déclarer qu'il ne sera pas lié par la troisième partie de la présente Convention». Cette faculté a été exercée notamment par le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède.

<sup>132</sup> J. Honnold, supra note 128, p. 341.

D'autres auteurs ont imaginé des raisonnements de nature à réduire la contradiction entre les articles 14 et 55. Ils avancent que le juge de l'ordre interne n'a pas à ajouter au texte de la Convention, qui, du reste, ne dit à aucun moment que le prix est essentiel dans l'offre. Il faut par conséquent, considérer que l'exigence d'un prix déterminable n'est que relative<sup>133</sup>. On le voit, les interprétations sont nombreuses et divergentes.

Pour notre part, nous constatons que la Convention n'a pas pu solutionner le débat, l'antagonisme entre les tenants de l'exigence d'un prix déterminé dans l'offre ou dans le contrat, et ceux pour qui la vente peut se former sans que le prix soit connu à la conclusion. Il en est ainsi parce qu'elle a choisi d'implanter en son sein les articles 14 et 55 qui consacrent cet antagonisme, alors qu'elle vise l'harmonisation, l'uniformisation. En vérité, elle a par le fait-même planté un obstacle majeur sur la voie de la marche vers ladite uniformisation.

En effet, nous sommes d'avis que de par son libellé, l'article 55 se donne le rôle d'une disposition qui ne peut opérer que si le droit national concerné admet qu'une vente peut se former même si le prix n'est pas déterminé.

---

<sup>133</sup> V. Fortier, «Le prix dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises: les articles 14 et 55», *supra* note 109, p. 381.



Du coup, si c'est le droit français<sup>134</sup> ou belge<sup>135</sup> par exemple qui s'appliquent, le contrat de vente serait rejeté pour une telle entente qui sous d'autres cieux l'aurait reçu. Les droits nationaux disposent donc d'un texte qui, sur la question de la détermination du prix, leur permet de continuer à appliquer leurs principes et règles traditionnelles, même s'ils ne sont pas toujours en phase avec les exigences du commerce international. Mais en même temps, il faut croire que les auteurs de la Convention étaient également animés par une autre préoccupation. Le commerce international exècre la rigidité, les lenteurs et l'imprévisibilité, sources d'insécurité juridique. La Convention de Vienne se devait donc elle-même de donner l'exemple de la flexibilité et de la prévisibilité, mais aussi et surtout, de rallier le plus grand nombre d'États, chacun y trouvant des motifs de l'appliquer. En témoigne par exemple les articles 14 et 55. Ainsi, un État peut déclarer sa volonté de ne pas appliquer la *partie I* par exemple. Le droit français par exemple pourra y retrouver sa conception dogmatique et rigide sur la détermination du prix, et la *common law* son approche pragmatique, souple.

---

<sup>134</sup> C'est qu'à l'instar du juge hongrois, le juge français considère la fixation du prix comme un élément essentiel de l'offre, mais également du contrat. Il aura donc tendance à rechercher si directement ou par référence interposée, le prix est prévu dans l'offre et s'il n'est pas assujéti à la volonté de l'une des parties. Le juge français aurait donc à l'image de son homologue hongrois décidé que dans l'offre du 14 décembre 1990, le prix n'était ni déterminable ni déterminé. Même à supposer qu'il ait fait dans le même temps, appel à l'article 55, il n'aurait pas pu y voir une référence au prix du marché, un prix de marché n'existant pas pour les marchandises en cause. Là encore, il aurait jugé que le prix n'était pas déterminable.

<sup>135</sup> Paulus De Rhodes; Henri De Page, *supra*, note 19.

Et c'est justement, ce respect de la diversité<sup>136</sup> qui constitue la faiblesse de la Convention de Vienne<sup>137</sup>, si l'on considère son idéal d'harmonisation et d'uniformisation. Même en référant à la Convention, l'on n'est pas à l'abri d'une interprétation "nationaliste"<sup>138</sup> du contrat. Les réflexes sont tenaces! Il n'est donc pas étonnant que les commentateurs de la Convention (ou du moins certains) continuent d'interpréter les articles 14 et 55, à la lumière de leur culture juridique. Et il semble que les juges ne soient pas davantage à l'abri de ce phénomène. En témoigne la première décision judiciaire sur les articles 14 et 55.

## 2 L'affaire Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines

Cette affaire livre la première interprétation judiciaire des articles 14 et 55 de la Convention<sup>139</sup>. Les faits de la cause étaient les suivants. Pour moderniser sa flotte en 1980, la compagnie hongroise d'aviation *Malev Hungarian Airlines* («Malev») entra négociation avec le constructeur américain de moteurs d'avions, *Pratt & Whitney*.

---

<sup>136</sup> Ce qui en théorie est une bonne chose.

<sup>137</sup> Nous nous limitons ici aux articles 14 et 55.

<sup>138</sup> Par opposition à "internationaliste".

<sup>139</sup> Traduite par L. Szlavnits, reproduit dans *Pratt & Whitney c. Malev Hungarian airlines* (1993) 13 J. L. & Com. 31 (C.S. Hongrie), infirmant (1993) 13 J. L. & Com., 49 (C. Métro). Cet arrêt a fait l'objet d'une analyse de P. Amato, *supra* note 126. Il faut se souvenir que la Convention est relativement jeune. Elle n'est entrée en vigueur que depuis le 1er Janvier 1988. Elle n'a pas encore fait l'objet d'une jurisprudence abondante, notamment sur les dispositions dont nous traitons. Sur le prix on peut quand même mentionner un arrêt portant sur la réfaction du prix où l'acheteur se prévalait d'une prétendue mauvaise exécution du contrat par son cocontractant, pour retenir le paiement d'une partie du prix, voir *Braun, Inc c Alitalia-Linee Aeree Italiane, S.p.A.* 1994 U.S. Dist. LEXIS 4114 (S.D.N.Y.) Apr. 6, 1994; C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris, L. G. D. J., 1995, p. 63 et s.

Ces négociations visaient deux choses: renouveler des moteurs d'avions ((tupolevs) déjà en place, mais également, équiper des avions que *Malev* se propose d'acheter à *Boeing* ou *Airbus*.

Et c'est précisément cette deuxième partie de l'accord qui fera problème. Pendant que *Malev* était en pourparler avec *Pratt & Whitney*, il en faisait autant avec *Boeing* et *Airbus*. C'est que le choix d'un avion de chez *Boeing* ou *Airbus*, conditionne le type de moteur à acquérir chez *Pratt & Whitney*. Le 9 novembre 1990, le constructeur américain, *Pratt & Whitney* adresse à *Malev*, une offre aux termes de laquelle, si la compagnie hongroise opte pour *Boeing*, elle aura un moteur du type PW 4056, et si elle choisit *Airbus*, des moteurs du type PW 4152 ou PW 4156/A. Tous ces moteurs relèvent de la série 4000. Le 14 décembre 1990, à la faveur d'une rencontre, *Pratt & Whitney* livre à *Malev* une proposition rédigée (de quinze (15) pages) renfermant une offre de vente de moteur pour deux avions avec une option dans l'éventualité de l'achat d'un avion supplémentaire et une offre de vente d'un moteur de rechange (*spare engines*) avec une option pour l'acquisition d'un moteur supplémentaire. Selon que *Malev* opte pour des avions *Boeing* ou des avions *Airbus*, les termes précis de l'offre ne sont pas les mêmes. Pour ce qui est du segment de l'offre relative à l'option *Boeing*, il y est indiqué que le prix du moteur PW 4056 se chiffre à 5. 847. 675 \$ U.S. Quant à ce qui a trait à l'option *Airbus*, elle mentionne deux types différents de réacteur (*Jet Engine System*), ainsi que deux types de moteurs de rechange (*Spare Engine*). Et pourtant, seuls les prix de moteurs de rechange sont indiqués.

Il faut dire qu'un réacteur complet (*Jet Engine System*) comprend le moteur et une nacelle et d'autres parties. En outre, l'offre contient de nombreuses dispositions annexes (crédit, maintenance, pièces de rechange) à ajuster selon le type d'avion finalement retenu par *Malev*. Elle contient enfin une date d'expiration. Le 21 décembre 1990, une autre rencontre a lieu. *Pratt & Whitney* élargit le champ de l'offre qui a trait à l'option *Boeing* pour y inclure un autre modèle de moteur, le PW 4060, sans toutefois en mentionner le prix.

Il est néanmoins précisé que les conditions de la proposition initiale restent inchangées, nonobstant le choix qui sera arrêté par *Malev*. Cette dernière et *Pratt & Whitney* rédigent alors une lettre indiquant que *Malev* a choisi les moteurs de la série 4000 pour son nouveau gros porteur. Cette lettre signée par le Directeur Général de *Malev*, et envoyée par télécopie au Vice-Président de *Pratt & Whitney*, souligne également que l'acceptation obéit aux termes de l'offre du 14 décembre. Les discussions se sont poursuivies les jours suivants sur d'autres questions techniques et le 29 décembre, *Malev* opte pour *Boeing* et le contrat d'achat est à signer ultérieurement. Au début du mois de février 1991, la sélection d'un partenaire hongrois chargé de la maintenance des moteurs et l'établissement d'un centre de pièces de rechange, (*Spare Parts Tools*) en Hongrie ont donné lieu à quelques échanges de correspondances. Les représentants de *Pratt & Whitney* se sont même dits prêts à se rendre en Hongrie pour finaliser le contrat sur les PW 4000 (moteurs).

C'est alors que le 25 mars 1991, *Malev* laisse savoir à *Pratt & Whitney* qu'il n'achètera pas les moteurs PW 4000. Se prévalant du caractère ferme de l'accord du 21 décembre 1990, le constructeur américain fait valoir que *Malev* doit exécuter ses obligations sans délai, en notifiant à *Boeing* son choix en faveur des moteurs *Pratt & Whitney*, et divulguer ce choix au public. *Malev* n'obtempérant pas, *Pratt & Whitney* l'assigna devant de la Cour métropolitaine de Budapest afin de faire constater qu'un contrat valable lie les parties, et que *Malev* l'a rompu. Ce dernier réagit en invoquant l'absence de contrat, notamment en raison de l'indétermination du prix. C'est dire que le tribunal devait se prononcer sur la validité du contrat au regard des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne. *Pratt & Whitney* obtint gain de cause en première instance<sup>140</sup>. À l'occasion de l'examen de l'appel interjeté contre cette décision, la Cour Suprême de Hongrie la cassa.

Selon *Pratt & Whitney*, le prix était déterminable conformément à l'article 14 de la Convention de Vienne, puisqu'il pouvait être calculé. *Malev* connaissait les spécificités des moteurs choisis, puisqu'elle avait reçu des informations sur les moteurs ainsi que la documentation additionnelle nécessaire au calcul du prix. De plus, le prix du moteur supplémentaire était clairement et séparément mentionné dans l'offre du 14 décembre 1990. Pour *Pratt & Whitney*, *Malev* pouvait donc parvenir à la détermination du prix, en multipliant par cinq (5) le prix du moteur supplémentaire.

---

<sup>140</sup> *Supra* note 139.

Le constructeur américain reconnaissait que le prix d'un moteur ordinaire<sup>141</sup> diffère par exemple de celui d'un moteur turbo. Pourtant il soutiendra qu'il «*did not debate that it's often bid [did] not include the base price of the Jet Engine System*» bien qu'elle «*alleged that the Defendant was aware of prices*»<sup>142</sup>. *Malev* au contraire, soutenait que l'article 14 de la Convention n'était pas observé, aucun prix selon elle, n'avait été stipulé dans les offres successives concernant les moteurs choisis:

«For the price of the PW 4056 series spare engine is not identical with the price of the PW 4056 engine, neither is price of the PW 4056 series engine identical with the price of th PW 4000. The so called price formula could only be applied if the the base price of the given engines would have bee defined at the time of making the contract. According to the data supplied by plaintiff the base price would also have to be calculated, however, the data were not even sufficient for that, since Plaintiff did not indicate its own price index»<sup>143</sup>.

Elle soutenait en outre que le prix n'étant pas précisé dans l'offre, le demandeur n'avait pu se référer à un quelconque autre prix puisque, les moteurs d'avion n'ont pas de prix de marché.

---

<sup>141</sup> Il faut dire que les moteurs de la série 4000 révèlent différents modèles au rang desquels, les PW 4056 et PW 4060 pouvant opérer sur les Boeing, ainsi les PW 4152 et PW 4156/A pouvant être utilisés sur des *Airbus*. Chaque moteur a un prix de base différent qui varie selon le modèle choisi, de sa puissance et des options désirées. Un moteur supplémentaire est en principe plus coûteux que celui destiné à être monté sur l'avion. Les moteurs ordinaires étant à distinguer des moteurs turbo, généralement plus chers.

<sup>142</sup> La décision de la Cour Suprême à la p. 38.

<sup>143</sup> L'arrêt de la Cour Suprême à la p. 35.

Or, toujours selon elle, connaître le prix était indispensable à la transaction, à cause de la situation de financement triangulaire. L'offre sans prix n'était donc pas une offre. À partir de là, *Malev* ne s'estimait pas liée par l'intention exprimée dans la lettre du 21 décembre 1990. De toute manière, si la proposition de *Pratt & Whitney* devait être considéré comme une offre, celle de *Malev* serait à voir comme une contre-offre et, en conséquence, aucun contrat n'avait été conclu<sup>144</sup>. Le 10 janvier 1992 le juge de la Cour métropolitaine de Budapest fit droit à la demande de *Pratt & Whitney* en retenant qu'un contrat avait été conclu parce que les prix pour chaque type d'appareil figurait dans l'offre. Il a été souligné que le prix de base du moteur PW 4152 et PW 4156/A était connu. Sur cette base, la Cour métropolitaine a décidé que, d'un côté le constructeur américain avait bien l'intention d'être lié et que l'offre était suffisamment précise comme le veut l'article 14 de la Convention de Vienne, puisqu'elle spécifiait la chose( les moteurs PW 4056, PW 4060, PW 4152 et PW 4156/A), la quantité (commande ferme de deux (2) avions et une option, ce qui signifie, une commande de cinq (5) ou sept (7) moteurs), et le prix (5.847.675\$ U.S. pour un moteur PW 4056, et 5.552.675\$ U.S. pour un moteur PW 4156/A et un PW 4152). La Cour Suprême, n'a pas eu la même lecture des faits. Elle cassa le jugement de première instance. Pour y parvenir, elle a d'abord avancé que l'offre recérait des incohérences quant au prix.

---

<sup>144</sup> Nous nous limitons aux arguments propres au prix.

Que d'une part, si le prix des moteurs supplémentaires était effectivement mentionné, il était aussi vrai que l'offre restait silencieuse sur le prix des moteurs destinés à être monté directement sur les avions alors que leurs prix différaient de ceux des moteurs supplémentaires. Elle a en outre souligné que l'offre ne disait pas si le prix annoncé pour ces moteurs, comprenait ou non le turbo, mais qu'à l'inverse, elle mentionnait le prix du moteur neuf PW 4056 (5.847.675 \$ U.S.) et non le prix supplémentaire de la même série. Enfin, le prix pour les moteurs PW 4060 était passé sous silence. Aussi a-t-elle jugé:

«None of plaintiff's offers, neither the one of Boeing aircraft Engines, nor the one of Airbus aircraft jet engine systems, complied with the requirement stipulated in paragraph 1, Section 14 of the Agreement, for it did not indicate the price of the services or it could not have been determined»<sup>145</sup>.

Et comme elle estimait que le prix était essentiel à l'offre, elle décida que les prix devaient être déterminés dans l'offre pour permettre au contrat d'exister, qu'ils ne l'étaient pas conformément à l'article 14 de la Convention de Vienne, les prix de vente n'ayant pas été fixé pour tous les moteurs. Elle souligna par ailleurs que, les moteurs n'ayant pas de prix, le prix ne pouvait être déterminé en vertu de l'article 55 de la Convention. Elle conclut finalement à l'absence de contrat en disqualifiant l'offre.

---

<sup>145</sup> La décision de la Cour Suprême de Hongrie à la p. 43.



Il faut d'emblée remarquer que loin de considérer les articles 14 et 55 comme inconciliables, la Cour Suprême de Hongrie semble voir en elles deux dispositions complémentaires, dans le sens où l'une peut venir suppléer à l'inefficacité de l'autre.

Ainsi a-t-elle tenté de les concilier. En effet, elle a d'abord fait appel à l'article 14 en vérifiant successivement la volonté de l'auteur de l'offre d'être lié et la précision de l'offre. Puis, ne rencontrant pas dans l'offre, les exigences de l'article 14, elle se tourna vers l'article 55 pour finalement l'écarter en raison de l'absence d'un prix de marché pour les avions. Voici au moins une qualité à mettre à l'actif de la décision de la Cour Suprême. Pour le reste, elle laisse un arrière-goût amer<sup>146</sup>. Les juges de la Cour Suprême semblent avoir fait fi de ce que les circonstances en l'espèce se moulent bien dans celles qui, ordinairement, entourent la conclusion d'un contrat dans le milieu aéronautique. Le client conclut habituellement deux contrats séparés. L'un avec l'entreprise aéronautique pour les avions (les moteurs en moins), l'autre avec le constructeur des moteurs. Le prix global de l'avion comprend toutefois celui des moteurs, et il revient à l'entreprise aéronautique de régler directement le constructeur des moteurs. Par contre, le prix des moteurs de rechange est en règle générale, directement versé par l'acheteur<sup>147</sup>. C'est cette pratique qui a été suivie dans l'espèce sous analyse. C'est d'ailleurs ce qui explique que le prix des moteurs de rechange ait été fixé avec précision.

---

<sup>146</sup> C. Witz, *supra* note 139, p. 68. L'expression est de lui.

<sup>147</sup> *Ibid.*

Pourquoi alors ne pas se dire que les parties, au départ, ont peut-être voulu conclure un *open price contract* et que c'est peut être par la suite que *Malev* a changé d'avis et s'est dite qu'elle pouvait facilement se libérer en procédant comme elle l'a fait.

Surtout que la volonté des parties de conclure un contrat pouvait être prouvée par d'autres moyens même si le prix n'était pas fixé<sup>148</sup>. En vérité, les juges de la Cour Suprême de Hongrie, n'ont pu se défaire de la culture juridique qui est traditionnellement la leur. La vue "civiliste" dont ils ont ici fait preuve est indiscutable<sup>149</sup>. Elle transparaît dans leurs affirmations selon laquelle, le prix constitue un élément essentiel de l'offre. Elle se voit également quand ils disent que l'imprécision du prix est de nature à disqualifier l'offre, et, dans l'interprétation restrictive de l'article 55 *in fine* où le juge ne voit qu'une clause de marché<sup>150</sup>. Ainsi l'affaire Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines confirme (au regard de la divergence entre les juges du fond et la Cour Suprême), la nécessité d'une interprétation la plus détachée possible des influences de droit national.

---

<sup>148</sup> W. A. Stoffel, «Formation du contrat» dans Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Zurich Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985, p. 77. Par exemple, il serait étrange que *Pratt & Whitney* ait précisé les modalités de paiement, les facilités de crédit, si le prix n'avait pas été discuté au préalable. Si donc le prix a été discuté, les représentants de *Pratt & Whitney* se disant même prêts à se rendre en Hongrie pour conclure le contrat, on peut en inférer l'intention du constructeur américain d'être lié.

<sup>149</sup> P. Amato, *supra* note 126.

<sup>150</sup> D. Lecossois, «La détermination du prix dans la Convention de Vienne, le U.C.C. et le droit français: critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne», (1996) 41 R.D. McGill, p. 526.

Tant que les tribunaux interpréteront les dispositions de la Convention de Vienne à l'aune des systèmes nationaux, on restera loin de l'idéal d'uniformisation<sup>151</sup>. Il faut donc davantage chercher à appliquer ces dispositions, en ayant à l'esprit les intérêts du commerce international. Le point de départ, la prédisposition intellectuelle des juges, doit prendre sa source plutôt dans les exigences en cause dans l'affaire qui est soumise à jugement.

Si le juge de la Cour Suprême avait amplement une telle disposition d'esprit, peut-être se serait-il aperçu qu'il existait dans cette cause tous les éléments pour valider en tant que vente internationale ce contrat relevant du domaine aéronautique. Et, il y a fort à parier que, soumise au juge américain ou anglais, cette affaire aurait connu un autre sort<sup>152</sup>. Or si les parties doivent chaque fois s'attendre à des résultats différents selon le juge saisi, il est à craindre que les articles 14 et 55 soient en pratique systématiquement écartés parce que perçus comme une grande source d'insécurité. Quoiqu'il en soit, cette variable ne doit pas être ignorée par les parties. Elles se doivent d'en tenir compte pour clarifier au maximum leur entente, de sorte à ne laisser aucun doute sur leur intention d'être liées, même si le prix n'est pas encore déterminé, surtout si c'est à un juge d'obédience civiliste que revient de trancher leur désaccord sur ce point. Malgré tout, l'espoir d'arriver un jour à un système harmonisé, uniformément appliqué, est toujours présent.

---

<sup>151</sup> Voir V. Fortier, *supra* note 109, p. 382, qui soutient qu'il faut «interpréter les articles 14 et 55 en les détachant le plus possible des systèmes nationaux disparates pour tendre vers un système de droit réellement uniforme».

<sup>152</sup> Voir Lecossois *supra* note 150, p. 528 et s.

L'effort d'harmonisation se poursuit. Unidroit<sup>153</sup> vient en effet d'adopter des principes généraux de contrats de commerce internationaux<sup>154</sup>. De plus, en ce qui touche spécifiquement à la question du prix dans la conclusion du contrat, Unidroit a choisi d'éviter l'écueil des articles 14 et 55 de la Convention de Vienne.

Il a préféré opter pour une solution pragmatique et plus conforme au droit international. Désormais, le prix n'est plus appréhendé comme un élément du contrat, et il peut très bien être fixé après la conclusion, sur le modèle des *open price contracts* américains<sup>155</sup>.

L' Unidroit a choisi de faire triompher l'approche de l'article 55 de la Convention de Vienne. Suivant Unidroit, il n'est pas nécessaire que le prix soit déterminé dans le contrat ou déterminable à partir de la lettre du contrat.

---

<sup>153</sup> Acronyme de Institut pour l'unification du droit privé.

<sup>154</sup> Voir Institut pour l'unification du droit privé (Unidroit), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994; Voir également, Catherine Kessedjian, «Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par l'Unidroit», (1995) *R.C.D.I.P.*, p. 641; M. J. Bonell, «The Unidroit principles of International Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?», (1996) *Uniform Law Review*, p. 26-35; du même auteur, «The Unidroit Principles in Practice-The Experience of The First Two Years», (1997) *Uniform Law Review*, p. 34-45.

<sup>155</sup> Le texte pertinent au sein de ces principes est l'article 5.7 intitulé *Price Determination*. Il se décline comme suit: «(1) Where a Contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price. (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary. (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be reasonable. (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute».

Il convient de rappeler que les principes d'Unidroit ont été mis au point par un groupe savant composé essentiellement de professeurs (14 sur 17 membres) d'un avocat général également professeur et d'un président de Cour d'arbitrage<sup>156</sup>. Il s'agit d'une oeuvre collective de membre de la doctrine représentant tous les systèmes juridiques<sup>157</sup>. On a même dit qu'il existe en l'occurrence, un mélange de genre évident, en ce sens qu'une organisation internationale intergouvernementale donne son *imprimatur* à un travail qui se présente comme un ouvrage collectif d'auteurs formés à des cultures variées.

Et que par conséquent, ce travail n'est pas fondamentalement différent des études, résolutions et autres rapports produits par de multiples sociétés dont par exemple L'*International Law Association*<sup>158</sup>. Parlant de "principe", il faut dire que ce terme est généralement entendu comme une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure<sup>159</sup>. Autrement dit, un "principe" peut se présenter sous la forme d'un simple concept dès lors qu'il peut être traduit en des termes normatifs<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> Cathérine Kessedjian, *supra* note 154, p. 644.

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 656.

<sup>159</sup> Vocabulaire Capitant, 1ère éd., 1987.

<sup>160</sup> K. Marek, «Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le Plateau continental de la mer du Nord», (1970) *Revue belge de droit international*, p. 72.

C'est dire qu'un principe concentre en lui, la synthèse de plusieurs règles juridiques qui par son seul énoncé s'en déduisent<sup>161</sup>.

C'est en vérité un tel objectif de synthèse que les auteurs des principes dits d'Unidroit, visaient à réaliser sur le plan international. Un d'entre eux, Michael J. Bonell<sup>162</sup> souligne que ce texte a déjà inspiré les travaux les plus récents de codification<sup>163</sup>, sert souvent de guide pour la négociation des contrats internationaux<sup>164</sup>, est parfois choisi par les parties comme la loi régissant leur contrat<sup>165</sup>, est appliqué dans des sentences arbitrales, etc, tentant ainsi de démontrer que la pratique du commerce international se reconnaît dans ces principes généraux de contrats de commerce internationaux. Il faut alors croire que l'approche des *open price contracts* semble désormais privilégiée dans le commerce international<sup>166</sup>, surtout que comparativement à la Convention de Vienne les principes d'Unidroit semblent dire que l'antagonisme matérialisé par les articles 14 et 55 de la Convention de Vienne tend à disparaître.

---

<sup>161</sup> M. Virally, «Le rôle des principes dans le développement du droit international» dans Mélanges Guggenheim, 1968, p. 534.

<sup>162</sup> «The Unidroit Principles in Practice-The Experience of The First Two Years», supra note 154.

<sup>163</sup> Il cite en exemple, le nouveau Code civil néerlandais, le nouveau Code civil du Québec, le nouveau Code civil de la fédération russe, etc., Ibid., p. 34 et s.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Comment en effet interpréter ce choix? Est-ce à dire que la divergence de conception consacrée dans les articles 14 et 55 de la Convention de Vienne a disparu? Est-ce à dire que les pays du tiers-monde et l'ancien bloc de l'Est n'ont plus de raison d'exiger que le prix soit déterminé dans le contrat?

Cela semble d'autant plus probable que le droit français a récemment entamé un revirement<sup>167</sup>. Quant aux pays du tiers-monde et ceux de l'ancien bloc de l'Est, nous pensons qu'ils n'ont rien à craindre de l'approche de l'*open price contract*.

D'abord parce qu'elle n'interdit pas aux parties de s'assurer de la détermination ou de la déterminabilité du prix. Ensuite, s'il y avait silence sur le prix, le contrat ne serait pas systématiquement invalidé pour cette raison, puisqu'alors, il suffira de payer un prix raisonnable si leur intention des parties d'être liées est établie. Il n'y a pas ici, matière à brimer leurs intérêts. Dans ces conditions, on comprend mieux que la position française, belge, etc, d'exiger que dans le contrat de vente le prix soit déterminé ou déterminable, ait cédé le pas à la position inverse qui consacre les *open price contracts*.

---

<sup>167</sup> Il porte sur les contrats-cadre. Désormais, un contrat-cadre dans lequel le prix n'est ni déterminé, ni déterminable ne sera plus annulé pour cette raison. Ce revirement ne concerne pas les contrats de vente. Mais qui peut dire jusqu'où ira l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans son repositionnement? Sur l'ensemble de ces changements, voir nos développements sous le titre «Du prix dépendant partiellement de la volonté de l'une des parties: des contrats d'approvisionnement exclusif»

## Chapitre II L'intervention d'un tiers pour déterminer le prix de vente.

Que les parties confient la détermination du prix à un tiers est une possibilité qui est largement admise dans le monde. En Allemagne, c'est la détermination de la prestation contractuelle par un tiers, dans tous les contrats en général, qui est prévue<sup>168</sup>, ce qui couvre également la fixation du prix dans les ventes, aucun texte spécifique n'étant consacré à ce dernier cas comme en droit français par exemple.

Dans ces conditions, et comme nous l'avons déjà vu, il est aisé de conclure à la validité de la vente, si les parties ont confié la détermination du prix à un tiers au moment de sa conclusion. Il en est de même en Italie avec une disposition générale concernant tous les contrats<sup>169</sup> et une disposition relative à la vente<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Article 317 al.1 B.G.B. (Code civil allemand): «Lorsque la détermination de la prestation a été confiée à un tiers, il y a lieu d'admettre, dans le doute, qu'elle doit se faire d'après une appréciation équitable. Lorsque la détermination doit être faite par plusieurs personnes tierces, leur accord unanime, dans le doute, est nécessaire; si c'est une somme qui doit être fixée, la somme moyenne, dans le doute l'emportera».

<sup>169</sup> Voir l'article 1349 Code civil (Italie): «Si la détermination de la prestation formant l'objet du contrat est déferée à un tiers et s'il n'appert pas que les parties ont voulu s'en remettre à son seul arbitre, ce tiers doit procéder avec une appréciation équitable. Si la détermination du tiers fait défaut ou s'il est manifestement inique ou erronée la détermination est faite par le juge. La détermination déferée au seul arbitre du tiers ne peut être attaquée si sa mauvaise foi n'est pas prouvée. Si la détermination du tiers fait défaut et que les parties ne se mettent pas d'accord pour le remplacer, le contrat est nul. Pour déterminer la prestation, le tiers doit également tenir compte des conditions générales de la production à laquelle le contrat se réfère éventuellement».

<sup>170</sup> Article 1473 Code civil (Italie): «Les parties peuvent laisser la détermination du prix à un tiers, choisi dans le contrat ou à choisir ultérieurement. Si le tiers ne veut ou ne peut accepter la charge, ou si les parties ne s'accordent pas sur sa nomination ou sa substitution, la nomination, à la demande de l'une des parties, est faite par le président du tribunal du lieu où a été conclu le contrat».



En France et en Belgique l'article 1592<sup>171</sup> prévoit également que le prix dans la vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers. Ce mécanisme est valable au Québec<sup>172</sup>. C'est aussi le cas en Angleterre<sup>173</sup> et aux États-Unis où le principe ne souffre d'aucune contestation<sup>174</sup>. Au plan international, on peut supposer qu'en l'absence de texte spécifique (notamment dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) confiant la détermination du prix au tiers, cette possibilité est incluse dans les cas où le prix doit simplement être déterminable. À présent, considérons les problèmes juridiques qui peuvent entourer la désignation du tiers.

---

<sup>171</sup> «Il [le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente».

<sup>172</sup> Voir Beaudouin c. Rodrigue, *supra* note 39; Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée, *supra* note 40; L. Faribault, Traité de droit civil du Québec, *supra* note 36; Pierre-Gabriel Jobin *supra* note 33; Denys-Claude Lamontagne, *supra* 38.

<sup>173</sup> Article 9 du Sale of Goods Act de 1979. Ce texte codifie en fait la jurisprudence anglaise sur le mécanisme de la fixation du prix par un tiers. Sur l'évolution qui a mené à cette disposition, voir Corbisier, Isabelle "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises", *supra* note 69, p. 801-802, voir également les arrêts Milnes v. Gery (1807) 14 Ves. Jur. 400; Agar v. Macklew (1825) 2 Sim & Saint, 418; Vickers v. Vickers (1867) L.R.4 Eq. 529; Treitel, 7<sup>e</sup> éd., 1983, p. 46.

<sup>174</sup> A. Farnsworth, Contract, Boston, Little Brown & Co., 1982, p.198; Corbin A.L., On Contracts, 12 vol., St-Paul Min., West Publishing Co., 1950-1964, 98, no.44; voir l'article 2.305.2 (voir annexe) U.C.C., qui consacre implicitement la validité de la vente "set or recorded by a third person".

### **Section I De la désignation du tiers.**

Comme nous venons de le voir, les parties ont le pouvoir de confier la détermination du prix de vente à un tiers. Elles peuvent alors décider de remettre sa désignation à une date ultérieure, mais aussi prévoir l'enrayage du mécanisme initial, en se mettant d'accord pour confier la désignation à une autorité déterminée (le président d'un tribunal par exemple). Cependant, un tel mécanisme correcteur n'est pas nécessairement prévu.

Quel sera alors le sort du contrat si, le moment venu, les parties ne parviennent pas à un accord, ou si l'une d'entre elles ne procède pas à la nomination qui lui incombe? Plus simplement, quel sera le sort du contrat en cas de non- désignation du tiers? Nous allons répondre à cette question en considérant successivement les droits qui dans une telle éventualité annulent la vente, et ceux qui s'emploient à la «sauver». .

#### **I Impossibilité pour le juge de se substituer aux parties: la nullité de la vente.**

Cette tendance est celle de la France et de la Belgique. Si les parties ne peuvent s'accorder sur la désignation du tiers devant déterminer le prix, le juge ne saurait se substituer à elles pour y procéder<sup>175</sup>. Cette jurisprudence a été critiquée par certains auteurs pour lesquels:

---

<sup>175</sup> Civ., avril 1952, D. 52. 635; J.C.P. 52. 7181, note Becque; Aix, 7 mars 1974, D. 74.678.

«les juges risquent d'ouvrir la voie à de "faux engagements" qu'une partie accepterait de conclure pour des raisons d'opportunité pour mieux s'en délier par la suite»<sup>176</sup>.

Ces critiques sont pertinentes et elles rejoignent au fond la jurisprudence antérieure<sup>177</sup>. Cette dernière analysait à juste titre l'accord entre les parties tendant à désigner le tiers, comme un contrat à part entière.

De sorte que, si une des parties refusait ou plus généralement ne procédait pas à la nomination, les juges estimaient qu'elle avait alors violé l'article 1134 du Code civil français, lequel stipule que les contrats forment la loi des parties. Certes, les parties s'étant entendues pour désigner un tiers, il est juridiquement correct d'en déduire un rapport contractuel<sup>178</sup>. Si par la suite, une des parties n'exécute pas son obligation, sa responsabilité contractuelle est en jeu.

---

<sup>176</sup> Voir Farjat et Martin, Juriscl. civ., article 1126 à 1130, objet du contrat, 1985, no.25.

<sup>177</sup> Paris, 6 juillet 1812, R., 382.

<sup>178</sup> Sous réserve d'avoir observé toutes les conditions de validité d'un contrat; A savoir des consentements valides, un objet et une cause licite. Ces conditions figurent dans les articles 984 du C.C.B.-C. (articles 1399, 1411, 1413 du C.c.Q.) et 1108 du Code civil français.

La partie défaillante peut alors, entre autres sanctions, se voir obligée de s'exécuter. Sous cet angle, la position de ceux qui critiquent l'arrêt de 1952 précité ne manque pas de pertinence. Tout comme la jurisprudence de 1812 également précitée, à ceci près qu'il faut, selon nous, voir que l'entente des parties pour désigner le tiers s'inscrit dans une chaîne dont le maillon final est la conclusion, la formation d'un contrat de vente. L'esprit du droit français régissant la formation de la vente, ne peut donc manquer d'influencer la détermination du prix par le tiers. Cet esprit rappelons-le se résume dans les articles 1591 et 1592 précités. En d'autres termes, la désignation du tiers visant en réalité, en bout de ligne, la détermination du prix, il nous apparaît plus approprié d'analyser l'enrayage du mécanisme en une non- détermination du prix. Dans le contexte juridique français, cela signifie qu'il n'y aura pas de vente. Pour être plus précis, rappelons qu'en droit français deux possibilités sont offertes par le législateur pour la détermination du prix:

- soit que les parties déterminent le prix elles-mêmes, dans le contrat ou fournissent les bases de sa détermination (article 1591 du Code civil français),
- soit elles confient la détermination du prix à un tiers (article 1592 du Code civil français).

Si les parties entendent recourir à la deuxième possibilité, et que le mécanisme pour une raison ou pour une autre s'enraye, il nous semble juste de considérer le processus comme clos. Ce qui revient à refuser l'idée que le juge puisse intervenir pour désigner le tiers, et donc, permettre qu'en fin de compte, le prix puisse être déterminé, et le contrat de vente parfaitement formé.

Si tel était le cas, une partie de mauvaise foi trouverait là un moyen dilatoire pour étirer indûment le processus de la formation du contrat, ce qui n'est pas à l'avantage de l'autre partie qui gagnerait à être fixée le plus rapidement possible sur la conclusion ou non du contrat. En décidant que le juge ne peut se substituer aux parties pour parfaire leur contrat, la Cour de cassation nous paraît avoir davantage respecté l'esprit du droit français en la matière. Il faut ajouter que sur ce point la position du droit belge est identique à celle du droit français<sup>179</sup>. Ajoutons que dans les deux ordres juridiques, la partie qui s'est refusée à désigner le tiers comme convenu, sera condamnée à des dommages-intérêts<sup>180</sup>. Il faut aussi dire que l'enrayage du mécanisme peut être dû à toute autre circonstance que le refus d'une des parties de procéder à la nomination qui lui incombe. Quoiqu'il en soit, une fois enrayé, le mécanisme n'est pas remis sur les rails par les juges français et belge et québécois<sup>181</sup>.

Quant au juge anglais, (tout comme ceux d'un certain nombre de pays), il se refuse, dans une telle hypothèse, à vouer systématiquement la vente à la nullité, et tente plutôt de la sauver. Nous y reviendrons plus loin.

---

<sup>179</sup> Voir Cass., 29 septembre 1959, J.T., 1959, 688; J. Limpens, La vente en droit belge, Bruxelles, Bruylant, 1960 no. 173, H. De Page, supra note 19, no. 41. *Contra*: Liège, 5 novembre 1926, Jur. Liège, 1927, 225.

<sup>180</sup> En France voir Dijon, 15 février 1893, D.P. 1893, 2, 168; Paris, 1er mars 1951, D., 1951, 315; Cass. Civ., 24 novembre 1965, J.C.P., 1965, II, 14602. Belgique, voir H. De Page, supra note 19, note 141.

<sup>181</sup> Voir T. Rousseau-Houle, supra note 32; p. 80-81; L. Faribault, supra note 38; M. Pourcelet, supra note 33, p.80; Beaudouin c. Rodrigue, supra note 37; Rindress c. Charlevoix Ltée, supra note 38; D.-C. Lamontagne, supra note 33; P.-G. Jobin, supra note 33.

## **II Les droits qui n'annulent pas nécessairement la vente en cas de non désignation du tiers.**

Dans cette catégorie, on relève aussi bien des droits romano-germaniques (Italie, Allemagne par exemple) que des ordres juridiques relevant de la *Common Law*.

### **1 Les droits italien et allemand.**

En droit italien, deux textes du Code civil (article 1473 relatif à la vente et l'article 1349 concernant les contrats en général), fournissent une base au juge, pour déterminer le prix en l'absence de désignation du tiers, soit en nommant le tiers qui va le faire, soit en y procédant lui-même. Ainsi il se substitue aux parties. En effet, l'article 1473 du Code civil<sup>182</sup> ne fait pas de différence entre le cas où le tiers ne veut ou ne peut accepter la mission, et celui où les parties ne s'accordent pas sur sa nomination ou son remplacement. Il a prévu un mécanisme correcteur: la nomination du tiers par le tribunal du lieu où a été conclu le contrat, à la demande de l'une des parties.

---

<sup>182</sup> Article 1473 du Code civil italien *supra* note 70. Nous avons emprunté la traduction à Denis Tallon *infra* note 195, p. 122.

Ce texte spécifique aux contrats de vente est à lire en combinaison avec l'article 1349 Code civil<sup>183</sup> qui a trait aux contrats en général. Ce dernier prévoit qu'en cas de défaut de détermination de l'objet par le tiers, le tribunal a toute latitude pour y procéder, sauf si la détermination relevait du libre arbitre dudit tiers. En outre, si le tiers ne s'exécute pas et que les parties ne s'accordent pas pour en désigner un autre, le contrat est nul (article 1349 al. 2 Code civil). La doctrine italienne a donné une explication à cette dernière disposition. Celle-ci peut être résumée comme suit:

«lorsqu'elles font appel au libre arbitre du tiers, les parties autorisent celui-ci à se prononcer d'après les critères d'évaluation qui lui sont personnels, abstraction faite des valeurs et des opinions moyennes. On en déduit donc, d'une part, que le juge ne peut fixer à la place de l'expert, puisque la personnalité de ce dernier est essentielle aux yeux des parties et, d'autre part, que le juge ne peut pas non plus, pour la même raison, nommer un autre expert si le premier est défaillant. Le contrat est alors résilié pour impossibilité de la prestation, puisque manque une condition essentielle: la possibilité de déterminer l'objet. Bien que ne figure pas à l'article 1473 du Code civil la détermination du prix selon le libre arbitre du tiers, la doctrine estime que dans la vente également, les parties peuvent choisir ce type d'expert et que l'alinéa 2 de l'article 1349 lui sera applicable»<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Article 1349, supra note 195, p. 121.

<sup>184</sup> Supra note 195, p. 98.

En droit allemand, à défaut de textes spécifiques, les tribunaux appliquent par analogie les articles 315 al.3, et 319 al.1 B.G.B.<sup>185</sup>. Le résultat en est que le juge allemand peut déterminer directement le prix sans forcément avoir à désigner le tiers, sous réserve du cas où ce dernier devait fixer le prix selon son libre arbitre. Ce qui rejoint (du moins dans l'esprit), l'article 1349 précité du Code civil italien. Considérons à présent les droits anglais et américain.

---

<sup>185</sup> Article 315: «Lorsqu'une prestation doit être déterminée par l'une des parties contractantes, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que cette détermination doit être faite d'après une appréciation équitable. La détermination est faite par déclaration adressée à l'autre partie. Lorsque la détermination doit avoir lieu d'après une appréciation équitable, la détermination arrêtée ne lie l'autre partie que si elle répond à l'équité. Si elle ne répond pas à l'équité, elle est fixée par une décision en justice; il en est de même lorsque la détermination est retardée»; Article 319: «Lorsque le tiers doit déterminer la prestation d'après une appréciation équitable, la détermination arrêtée ne lie pas les parties contractantes si elle est manifestement inéquitable. Dans ce cas, la détermination est fixée par une décision en justice; il en est de même lorsque le tiers ne peut ou ne veut pas faire la détermination ou si celle-ci est retardée. Lorsque le tiers doit fixer la détermination à sa guise, le contrat est sans effet lorsque ce tiers ne peut ou ne veut pas faire la détermination ou si celle-ci est retardée». Nous avons emprunté cette traduction à Denis Tallon, *infra* note 195, pp. 123-124.



## 2 Les droit anglais et américain.

### 2.1 Le droit anglais.

Suivant l'article 9(1) du Sale of Goods Act (qui n'a trait qu'au cas où le tiers ne peut ou ne veut fixer le prix), le défaut de désignation du tiers doit être interprété comme une absence de détermination du prix, et par conséquent conduire à l'inexistence du contrat<sup>186</sup>. Cette solution a été critiquée<sup>187</sup>. Selon ces critiques, une telle solution part de l'idée que le mécanisme initial, finalement enrayé constitue un élément déterminant, essentiel, dans la formation du contrat, alors qu'il se peut que dans l'esprit des parties, il en ait été tout autrement.

La jurisprudence semble avoir été réceptive à ces critiques. C'est, au demeurant, le cas de la décision Sudbrook Trading Estate Ltd v. Eggleton<sup>188</sup>. Dans cette espèce une partie a refusé de procéder à la nomination d'un des arbitres qui devaient, une fois désignés, fixer le prix de la vente. Il s'agissait là d'une manoeuvre pour tenter de se soustraire à l'obligation de vente qui lui incombait.

---

<sup>186</sup> C'est en substance aussi la position des droits français et belge.

<sup>187</sup> Voir Murray, «The "Open Price" Sale of Goods Contract in a Worldwide Setting», *supra* note 113, p. 491, 496; Howard, «Open Terms as to the Price in Contracts for the Sale of Goods», *supra*, note 74, p. 424.

<sup>188</sup> (1982) 3 W.L.R. 315. Il semble que dans l'esprit de la Chambre des Lords, la solution de l'intervention du juge couvre toutes les hypothèses dans lesquelles le mécanisme (s'il n'est pas déterminant) de fixation du prix par un tiers s'enraye. Lord Frazer of Tullybelton (P.392) dit ainsi «I prefer rest my decision on the general principle that, where the machinery is not essential, if it breaks down for any reason the court will substitute its own machinery».

La Chambre des Lords, renversant la jurisprudence préexistante, ordonna malgré tout l'exécution forcée du contrat. Elle est partie de l'idée que l'intention des parties d'être liées par les dispositions de leur entente est suffisamment attestée par la minutie dont elles ont fait preuve dans la rédaction de celle-ci. Elles ont entendu implicitement arriver à la fixation d'un prix raisonnable, et cela transparaît du mécanisme qu'elles ont mis en place, à savoir la désignation d'un tiers. S'il est vrai qu'une différence doit être établie entre les cas où le mécanisme est essentiel dans l'intention des parties et ceux où il leur apparaît comme subsidiaire, l'espèce en cause relève de la seconde catégorie. Le juge est donc autorisé à se substituer aux parties, et, ordonner une exécution forcée sur la base d'un prix raisonnable fixé par experts, a conclu la Chambre des Lords.

D'après Harpum & Jones, cette décision est venue consacrer «le triomphe du bon sens sur le précédent»<sup>189</sup>. Quoiqu'il en soit, les juges semblent s'écarter de l'article 9 du Sale of Goods Act. Qu'en est-il du droit américain?

## 2.2 Le droit américain.

Sur la question de la détermination du prix par un tiers, le droit américain a progressé d'une façon que l'on peut rapprocher de l'évolution du droit anglais. En effet antérieurement au Uniform Commercial Code, les contrats qui contenaient un mécanisme de fixation du prix par un tiers, et dont le fonctionnement s'enrayait par la suite, étaient invalidés par la jurisprudence.

---

<sup>189</sup> Voir Harpum & Jones , «Certainty at one Fell Swoop», (1982) 41 Cambridge L. J. 233. Rappelons que l'article 9 du Sale of Goods Act est une codification de la pratique juridictionnelle antérieure.

Celle-ci partait (comme dans l'ancienne jurisprudence anglaise) de l'idée que le mécanisme choisi par les parties était essentiel<sup>190</sup>. Cette jurisprudence a d'ailleurs suscité contre elle une vive critique. On faisait par exemple remarquer que le mécanisme qui consiste à confier la détermination du prix à un tiers, peut n'avoir eu dans l'esprit des parties, que valeur de moyen devant leur permettre de parvenir à la fixation d'un juste prix<sup>191</sup>. De sorte que la réelle intention des parties dans un tel cas était de voir le juge fixer un prix raisonnable advenant le non fonctionnement du mécanisme.

Tout comme en droit anglais dans l'arrêt Sudbrook Trading Estate Ltd v. Eggleton<sup>192</sup>, le Uniform Commercial Code s'est montré sensible à de telles critiques. Ainsi aux termes de l'article 2-305 (1):

«Les parties peuvent, si tel est leur désir, conclure un contrat de vente sans déterminer le prix. Dans ce cas, le prix sera le prix raisonnable au moment de la délivrance [...]»<sup>193</sup>.

Il faut cependant souligner que cette solution se limite aux cas où l'enrayage ne relève de la faute d'aucune des parties. Le cas échéant, c'est l'article 2-305 (3) qui fournit la solution, en ces termes:

---

<sup>190</sup> Voir sur ce point les arrêts Louisville Soap Co. v. Taylors, 279 F. 470 (1922); Interstate Plywood Sales Co. v. Interstate Container Corp., 331 F. 2d 449 (1964).

<sup>191</sup> Prosser supra note 97, p.786-787; Note, «U.C.C. Section 2-305(1)(c): Open Price Terms and the Intention of the Parties in Sales Contracts», (1967) 1 Valp. L. Rev., 381; White & Summers, Handbook on the Law Under the U.C.C., 1980, p. 120-121.

<sup>192</sup> Supra, note 188.

<sup>193</sup> Traduction de Denis Tallon, infra, note 195, p. 125.

«[...] Lorsque le prix doit être fixé d'une autre manière que par l'accord des parties et qu'il ne l'est pas par la faute de l'une d'elles, l'autre peut soit considérer le contrat comme résilié pour inexécution, soit fixer elle-même un prix raisonnable[...]»<sup>194</sup>.

De tous les droits que nous venons d'analyser, seuls les droits français et belge interprètent l'enrayage du mécanisme de la fixation du prix par un tiers comme devant donner lieu à l'inexistence du contrat, sans possibilité aucune pour le juge d'intervenir. À notre avis, il s'agit d'une position dogmatique, qui ne tient pas suffisamment compte de la flexibilité indispensable aux affaires, particulièrement au plan international.

Il nous semble que, sans aller jusqu'à faire le contrat des parties, la tendance devrait être de permettre aux juges de repousser le plus loin possible, l'invalidation de la vente, à moins que l'intention des parties n'indique le contraire. Dans le contexte qui est le nôtre, à savoir celui de la fixation du prix dans un contrat de vente internationale par un tiers, quel est le statut juridique du tiers appelé à parfaire le contrat, quelle est la nature juridique de son intervention; agit-il en qualité d'arbitre, d'expert, la mission confiée fait-elle de lui le mandataire commun des parties<sup>195</sup> ?

---

<sup>194</sup> Ibid.; Voir également, Flamm v. Scherer, 198 N.W. 2d. 702 (1972). Le juge a décidé dans cette affaire que le vendeur, était dans son droit en vertu de l'article 2-305 (3) U.C.C., en honorant la pollicitation, d'un autre acheteur. Le premier n'ayant pas fixé comme il lui en incombait, le prix final de la marchandise.

<sup>195</sup> Voir H. Motulsky, Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz 1974, p.21-49; A. Kassis, Problèmes de base de l'arbitrage, tome I, (arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel) Paris, L.G.D.J., 1987 p. 112 et s.; Denis Tallon, La détermination du prix dans les contrats: étude de droit comparé, Paris, Pedone, 1989, p. 69 et s., C. Jarrosson, La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 116-175.

## Section II La mission du tiers et la nature juridique de son intervention

### I Les qualifications susceptibles de s'appliquer au tiers

Dans la mesure où un tiers est sollicité par les parties pour leur fournir des conclusions définitives et obligatoires, il peut *a priori* se voir qualifié d'arbitre, de conciliateur, de médiateur, de mandataire ou d'expert. Cette dernière notion n'est pas exclusive, de sorte qu'un expert peut recevoir les pouvoirs d'un mandataire par exemple. Avant de déterminer la nature juridique de la mission de ce tiers, nous allons en examiner tour à tour les différentes qualifications possibles.

#### 1 L'arbitrage

Le terme arbitrage (*arbiter*) désignait autrefois le témoin passif d'un événement. Plus tard il a acquis une signification plus active, celle d'*arputrati*. Une personne qui se déplace pour entendre ou voir quelque chose. C'était aussi une personne qui avait un pouvoir sur une autre<sup>196</sup>. De nos jours, l'arbitrage réfère surtout à un mode de solution des litiges, fondé sur la volonté des parties qui s'accordent à se soumettre à la décision d'un tiers désigné par elles directement ou indirectement.

---

<sup>196</sup> Savage, «On the Meaning of The Term Arbitration» (1966) 7 Arb. J., 45

Ainsi, pour Jean-Robert, l'arbitrage s'entend de l'institution d'une justice privée grâce à laquelle, les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance, de la mission de les juger<sup>197</sup>.

L'arbitrage apparaît ainsi comme une forme de justice privée. C'est une notion composite faite d'éléments contractuels et d'éléments procéduraux<sup>198</sup>. Il se présente également comme une institution alternative à la justice ordinaire, institution qui offre aux parties de décider ensemble de soumettre leur différend à d'autres que les juges ordinaires. Motulsky affirme ainsi que l'arbitrage est une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle<sup>199</sup>.

Au début du processus, il y a une convention (clause compromissoire ou compromis) par laquelle les parties conviennent de soustraire le règlement d'un ou plusieurs litiges aux juridictions publiques pour être tranchés par une ou plusieurs personnes privées. Les arbitres ainsi saisis vont s'acquitter de leur mission en observant certaines règles de forme et de fond, ce qui débouchera sur une décision appelée sentence arbitrale. Comme les jugements des tribunaux, la sentence arbitrale jouit de l'autorité de la chose jugée.

---

<sup>197</sup> Robert, J. , et Moreau, L'arbitrage droit interne et droit international privé, Paris, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz 1993, p.3

<sup>198</sup> Lalive, P. «L'importance de l'arbitrage commercial international» dans Actes du colloque sur l'arbitrage commercial international, textes réunis sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, Montréal, Éditeur Wilson et Lafleur, 1986, p. 19.

<sup>199</sup> Motulsky, supra note 195, p. 5 à 6.

Comme eux, elle est susceptible d'exécution forcée, mais après un contrôle limité de la justice publique, par une décision connue sous l'appellation d'ordonnance d'exequatur en France ou d'homologation au Québec. Le contrôle se borne généralement à vérifier qu'il existe une convention d'arbitrage, qu'elle n'est pas nulle ou expirée, que les arbitres ont été régulièrement désignés, qu'ils n'ont pas dépassé leur mission, qu'ils ont respecté certaines conditions comme par exemple la règle du contradictoire, etc.

Le contexte de notre étude étant commercial et international, c'est à l'arbitrage commercial international que nous nous intéressons<sup>200</sup>. L'arbitrage international n'est pas une simple transposition ou extension aux relations internationales, de l'arbitrage interne<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> L'arbitrage interne ou national concentre les éléments de l'affaire, ( le fond du litige, la nationalité des parties et des arbitres, le droit applicable, le lieu de déroulement de l'arbitrage, ) avec un seul et même rattachement avec un État déterminé. L'arbitrage international est tout autre. Les éléments que nous venons d'énumérer ne convergent plus tous vers un seul et même État. Plusieurs instruments auxquels les parties peuvent soumettre leur arbitrage sont consacrés à l'arbitrage international. On citera à titre d'exemple, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York 1958); la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Convention européenne de Genève 1961); la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention de Washington 1965); la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Convention interaméricaine de Panama 1975); la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international (C.N.U.D.C.I. 1985) etc., à consulter dans Alain Pujiner, Traité et documents usuels en droit du commerce international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, respectivement aux pages 393, 413, 435, 477, 487.

<sup>201</sup> Voir l'article du N.C.P.C. 1492 «est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international» ; l'article 940.6 du C.p.c. du Québec.

Pour que l'internationalité de l'arbitrage soit établie, il faut qu'au moins un des éléments du litige (matériel ou juridique) de l'arbitrage touche à un pays différent de celui auquel se rattache le reste de l'affaire<sup>202</sup>. Le litige ayant un contact avec un autre pays, c'est-à-dire un autre ordre juridique par le biais d'un de ses éléments, il crée une situation de conflits de lois applicables. Il relève par le fait même de la sphère internationale, du droit international privé<sup>203</sup>.

Qu'il soit national ou international, l'arbitrage, en tant qu'institution de justice, suppose un certain nombre de traits marquants : il doit tendre à résoudre un litige<sup>204</sup> originant d'un rapport juridique entre les parties, la formulation de la solution doit être confiée par ces dernières à un tribunal arbitral (constitué d'une ou plusieurs personnes), et enfin, le dit tribunal arbitral doit non pas indiquer ou proposer une solution au litige, mais plutôt le trancher par décision obligatoire. Rappelons que l'arbitrage dont il est ici question serait mis en route par des parties à une vente régie par la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Fouchard, P. L'arbitrage commercial international, Paris, Economica, 1965, p. 15; De Boisseson, Le droit interne et international, Paris, Joly, 1990, p. 223; Thuilleaux, S., L'arbitrage commercial au Québec. droit interne. droit international, Y. Blais 1990, p. 129.

<sup>203</sup> Cass. civ., 19 février 1930, Mardélé c. Muller; Cass. civ., 27 janvier 1931, Dambricourt c. Rossart; Cass. Civ. 1ère, 2 mai 1966, Trésor public c. Galakis; Colmar 29 novembre 1968, impex c. Société P.A.Z. et autres, supra note 5.

<sup>204</sup> Le litige consiste en une divergence de vue des parties sur leurs droits et obligations relatifs au rapport juridique qui les lie. Il s'agit donc d'une divergence que l'une et l'autre peuvent juridiquement argumenter. Dans le même sens, voir Jarrosson, La notion d'arbitrage, supra note 195, p. 116 et s.

<sup>205</sup> A/Conf.97/18. Mais pas nécessairement.



Le litige qui oppose les parties mettra donc en cause les intérêts du commerce international<sup>206</sup>. Le litige doit prendre sa source dans un rapport de droit privé, de nature commerciale et présenter un élément d'extranéité. C'est un tel litige que la sentence de l'arbitre trancherait. En l'absence de litige, il ne peut y avoir arbitrage<sup>207</sup>.

Ainsi, même dans les cas où elle est prévue par une clause compromissoire et non par un compromis, la procédure d'arbitrage ne pourra se mettre effectivement en branle que si le litige (éventuel) devient une réalité. Mais comme nous le savons, dans l'univers des *A.D.R.*<sup>208</sup>, l'arbitrage cohabite avec d'autres mécanismes dont la conciliation et la médiation. Il convient donc de les analyser afin de les distinguer de l'arbitrage mais aussi, au regard de la mission du tiers déterminateur qui nous préoccupe dans la présente thèse.

---

<sup>206</sup> Les articles 940.6 *C.p.c.* du Québec, 1492 *N.C.P.C.*, français *supra* note 201; l'article 7 de la loi type de la CNUDCI.

<sup>207</sup> *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988], 1 R.C.S. 564, 83 N.R. 332 la juge L'Heureux-Dubé. Voir également, B. Opeti, Arbitrage juridictionnel, « arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente », (1975) *Rev. Arb.*, 315; R. David, « L'arbitrage en droit civil, techniques de régulation des contrats », Mélanges Marty, 1978, p.383; C. Jarroson, *La notion d'arbitrage*, *supra* note 195, p. 165; A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage*, note 195, p.128 et s.

<sup>208</sup> *Alternative Dispute Résolution*. Voir *Solutions de rechange au règlement des conflits*, publié sous la direction de C. Samson et J. McBride, Sainte-Foy, les presses de l'Université Laval, 1993, p. 6 et s.

## 2 La conciliation et la médiation

Dans la conciliation<sup>209</sup>, le tiers choisi par les parties a pour mission de les assister de manière impartiale dans leurs négociations directes<sup>210</sup>. Le conciliateur dresse la liste des difficultés, propose des avenues susceptibles de faire disparaître le fossé séparant les parties et de leur permettre de solutionner leur litige par un accord amiable. Par ailleurs, la conciliation est un mécanisme fondamentalement informel en ce qu'elle est détachée de toute procédure formelle du type de celle que l'on observe quand les parties comparaissent devant un tribunal. C'est dire que la conciliation n'est sérieusement envisageable que si les parties font confiance au conciliateur. Et si la conciliation aboutit, l'accord des parties est généralement matérialisé par un procès-verbal que signent les parties et le conciliateur lui-même. Quant à la médiation<sup>211</sup>, elle est proche de la conciliation et ne s'en écarte que par le rôle plus actif que joue le médiateur comparativement au conciliateur.

---

<sup>209</sup> Oppetit «arbitrage médiation et conciliation», (1985) *Rev. Arb.*, 343; Hermann, G. «Commentaire sur le règlement de la conciliation de la CNUDCI», dans *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I, 1980, p. 170; du même auteur, «La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends», (1989) *Rev. Arb.*, 343, Motulsky, «Arbitrage, expertise, transactions», dans *Écrits: études et notes sur l'arbitrage*, supra note 195, p. 27; Smith, D.N., «A warmer way of disputing: Mediation and conciliation» (1978) 1 *Am. J. Comp. L.*, (supp.) 205.

<sup>210</sup> Antaki, N. «Les contrats de médiation commerciale» dans Samson et McBride *Solutions de rechange au règlement des conflits*, supra note 208, p. 6 et s.

<sup>211</sup> Voir Godbout, L., «Un mode alternatif de solution de litiges: la médiation», Les méthodes alternatives de résolution de conflits, Colloque du Barreau du Québec, 1991-1992; Rouleau, G., «Les tribunaux et les méthodes alternatives», Les méthodes alternatives de résolution de conflits, Colloque du Barreau du Québec, 1991-1992.

Le médiateur est sous ce rapport, un conciliateur interventionniste dont la mission est de puiser dans sa capacité de persuasion pour critiquer les propositions antagonistes des parties et en proposer d'autres, aptes à rallier la volonté de chacune d'elles.

On a donc pu écrire que la démarcation entre le conciliateur et le médiateur relève plus des attitudes que du droit<sup>212</sup>. Il n'est donc pas surprenant que les gens du milieu emploient ces deux termes indifféremment<sup>213</sup>. Quoiqu'il en soit, le médiateur et le conciliateur doivent être appréhendés comme des intermédiaires de bons offices qui, en principe, n'ont pas le pouvoir de lier les parties. Il faut comprendre que dans la médiation ou dans la conciliation, le plus difficile reste à faire lorsqu'une solution est dégagée. Il faut encore la faire accepter par les parties. Les parties demeurent libres de l'accepter ou de la refuser. Dans le premier cas, la solution devient obligatoire<sup>214</sup> au titre d'une transaction<sup>215</sup>, dans le second, tout est à recommencer. Les mécanismes de la médiation et de la conciliation n'entretiennent donc qu'une ressemblance limitée avec l'arbitrage, en ce sens que le litige qui oppose les parties est confié à une ou plusieurs personnes privées et non à la justice étatique. Pour le reste, ces différentes institutions sont nettement distinctes.

---

<sup>212</sup> Antaki supra note 208, p. 7.

<sup>213</sup> Goldberg, «Mediations of a Mediators», (1986) 2 Neg. J., 349 ; Béguin, L'arbitrage commercial international, Université McGill, Centre de recherche de droit privé et comparé du Québec, 1987, p..3.

<sup>214</sup> Mignault, P. B., Droit civil canadien, t. VIII, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 305, Supreme Précision Castings (1963) Ltd. c. Parker Industries Ltd., C.A. Montréal, 500-09-001457-826, 8 octobre 1985.

<sup>215</sup> Voir l'article 2044 du Code civil français, «La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître», dans le même sens l'article 2631 C.c.Q.

Ainsi, à partir du moment où l'arbitre a rendu sa sentence, celle-ci devient de plein droit exécutoire pour les parties, indépendamment de leurs sentiments à l'égard de la sentence. Il peut donc y avoir un gagnant et un perdant<sup>216</sup>. Le perdant doit accepter la sentence et l'exécuter dans la mesure où il s'y est engagé par la convention d'arbitrage<sup>217</sup>. Dans la conciliation et la médiation, il reste encore à faire adhérer les parties à la solution. Il faut donc, comme Oppetit, conclure que les notions de médiation ou de conciliation sont irréductibles à celle d'arbitrage<sup>218</sup>.

### 3 Le mandat

Le mandat<sup>219</sup> est un contrat qui établit un mécanisme par lequel un individu (mandataire) passe un acte pour le compte d'un autre individu (représenté/mandant), en la personne de qui naissent les droits et obligations.

---

<sup>216</sup> Voir Chartier Frédéric, « Garde à l'esprit qu'arbitrer n'est pas concilier. Cependant, si tu crois discerner une petite chance de conciliation, tu dois la saisir, un arrangement étant toujours préférable à une décision, par nature, tranche dans le vif. Mais si tu dois juger, aie le courage d'aller jusqu'au bout; ne t'astreint pas à une cote mal taillée dans l'espoir de ménager la chèvre et le chou. Ne coupe pas la poire en deux. Si, en ton âme et conscience, tu considères qu'une partie a raison, que sa demande correspond à son exact préjudice et que l'autre partie n'a pu te convaincre de la justesse des ses arguments, écris-le dans ta sentence et tires-en les conséquences. Il est bon que les protagonistes de la vie économique conçoivent que, même en recourant à l'arbitrage, l'un risque de tout perdre et l'autre de tout gagner, qu'il existe des arbitres capables d'aller au bout de leurs convictions» dans «L'arbitre» Gaz.Pal, 12-20 février 1992 p. 11.

<sup>217</sup> Ce qui ne signifie pas (sous réserve de voies d'ouverture précises) qu'il ne peut demander l'annulation de la sentence.

<sup>218</sup> «Arbitrage, médiation et conciliation», (1984) Rev. Arb. 1984, p. 308.

<sup>219</sup> En droit québécois, voir Claude Fabien, «Les règles du mandat» (1986) M.2 Répertoire de droit, 427; voir également les articles 2130-2185 du C.c.Q.; Brunet c. Québec (Conseil du Trésor) (1993) R.J.Q. 2862 (C.S.) Confirmé (1994) R.J.Q. 337 (C.A.), Le tribunal se dit non convaincu que lorsqu'un fonctionnaire utilise un avion, séjourne à l'hôtel dans l'exercice de ses fonctions, il accomplit alors un quelconque acte juridique qui tient du mandat.

Par le contrat de mandat, le mandant donne au mandataire, qui l'accepte, le pouvoir de le représenter dans l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques. La procuration est le pouvoir ainsi conféré au mandataire. Il dépend de la volonté du mandant de doser le pouvoir du mandataire, soit quant aux actes à conclure, soit quant à la discussion des clauses des dits actes (s'il s'agit d'un contrat par exemple). Ainsi, on rencontre des mandataires dont le mandat est conçu en termes impératifs et qui n'ont même parfois d'autres missions que de signer une convention déjà toute arrêtée.

D'autres à l'opposé, ont toute latitude pour chercher des cocontractants et débattre avec eux les détails de l'opération. Les droits et les obligations créés par le contrat naissent immédiatement en la personne du mandant. Le mandant devient créancier ou débiteur dès la conclusion de l'acte. C'est lui qui est véritablement partie. Une réserve doit cependant être faite pour le cas où le mandataire a agi *ultra vires*. En ce cas, le mandant n'est pas lié et le cocontractant n'a d'autres ressources que d'engager la responsabilité du mandataire. Dans la mesure où les conclusions sont conformes au mandat qui lui a été confié, celles-ci s'incorporent au contrat. C'est donc un acte de nature contractuelle qui lie les parties de par le fait même de leur volonté initiale.

Un mandataire n'a donc pas pour mission de trancher un litige (comme un arbitre), ni de faire de son mieux pour amener les parties à conclure une transaction (comme un médiateur ou un conciliateur). Bien plus, le mandat apparaît comme un mécanisme de représentation supposant une relation triangulaire, le mandataire étant également en relation avec des tiers.

Il en va de même dans l'*agency*<sup>220</sup>. C'est le pendant du mandat en *common law*. Il se définit généralement comme un rapport qui s'établit au moyen du pouvoir donné par une personne, appelée *principal*, à une autre personne, appelée *agent*, qui l'accepte, d'agir en son nom<sup>221</sup>.

C'est donc bien d'une relation tripartite qu'il s'agit, de laquelle émerge deux catégories de rapport: ceux qui lient entre eux l'*agent* et le *principal*; et ceux qui lient le *principal* au tiers, en conséquence des actes passés par l'*agent*<sup>222</sup>. Ce qui a fait dire à René David que pour étudier l'*agency*, il faut partir de deux considérations de base. D'une part l'*agency* naît d'un pouvoir qui est donné par le *principal* à l'*agent* et de l'acceptation que celui-ci donne de représenter le *principal*. D'autre part, elle suppose l'intention de l'*agent*, dans ses rapports avec le tiers contractant, de représenter le *principal*. C'est autour de ces deux points essentiels que s'organisent toutes les solutions qui constituent le droit de l'*agency*<sup>223</sup>. Ainsi, en acceptant de représenter le *principal*, l'*agent* se soumet à deux types d'obligations: celle relative à l'exécution de la mission pour laquelle il a reçu le pouvoir de représenter le *principal*<sup>224</sup>, et celle relative au devoir spécial de respecter les intérêts du *principal* que sa qualité d'*agent* lui impose.

---

<sup>220</sup> David, R., les contrats en droit anglais *supra* note 112, p. 219 et s.

<sup>221</sup> Hanbury, H. G., The Principles of Agency, 2<sup>e</sup> éd., 1960, p. 1

<sup>222</sup> David, R., *supra* note 112, p. 219.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>224</sup> Ce qui doit s'apprécier selon que le service rendu par l'*agent* est gratuit ou rémunéré. *Ibid.*

La position occupée par l'*agent* est considérée comme une position de confiance<sup>225</sup>, ce qui fait peser sur ce dernier un devoir de fidélité<sup>226</sup>. Quant aux rapports de l'*agent* et du *principal* avec le tiers, ils reposent sur une fiction un peu comme dans le mandat. Le *principal*, qui n'est pas intervenu dans le contrat passé avec le tiers, est réputé avoir conclu lui-même le contrat.

Les conséquences de ce principe se manifestent dans le fait que, en règle générale, les contrats passés par l'*agent* avec le tiers produisent leurs effets, non pas à l'égard du tiers et de l'*agent* mais à l'égard du tiers et du *principal*. C'est à lui que revient d'exiger de la part du tiers l'exécution du contrat; de même, il est responsable à l'égard du tiers tandis que la personnalité de l'*agent* s'efface au profit de celle du représenté<sup>227</sup>. Pour ce qui est des rapports de l'*agent* avec les tiers, il faut dire que l'*agent* lui-même, n'étant que l'instrument du contrat, n'est pas affecté par les droits et obligations que son intervention a permise<sup>228</sup>. Il répond cependant de tout agissement *ultra vires*. C'est dire que tout comme le mandat, l'*agency* suppose lui aussi une représentation.

---

<sup>225</sup> Fridman, G. H., The Law of Agency, 5<sup>e</sup> éd. 1983, p. 162.

<sup>226</sup> Ce devoir se décompose en plusieurs interdictions et obligations dont les principales sont les suivantes: obligation de rendre des comptes, interdiction de faire entrer en conflit ses intérêts personnels avec ceux du *principal*, interdiction de profiter personnellement, par des remises notamment, des opérations conclues pour le compte du *principal*. Voir David, supra note 112, p. 241-242.

<sup>227</sup> Ibid., p. 245 et s.

<sup>228</sup> Les parties peuvent toutefois prévoir des modalités différentes au contrat. Ibid.

Tout comme le mandataire le fait pour le mandant, c'est au nom et pour le compte du *principal* qu'agit l'*agent*. Dans les deux cas, le représentant peut recevoir des instructions du représenté. Vis à vis de ce dernier le premier ne jouit tout au plus que d'une indépendance relative.

Nous verrons plus loin si c'est le cas du tiers déterminateur du prix destiné à compléter l'entente, et si par conséquent, il convient de lui appliquer la qualification de mandataire. Quoiqu'il en soit, si nous devons retenir la qualification de mandat, c'est d'un mandat international qu'il s'agirait dans la présente étude, qui porte sur la vente internationale de marchandise. Ce qui soulèverait des questions de droit international privé. Aussi est-il bon d'examiner brièvement, les règles internationales en la matière.

En terme de Conventions internationales, La Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation<sup>229</sup>, La Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises<sup>230</sup> sont celles qui ont été consacrées à la question. La première «propose des règles de rattachement unifiées quant aux activités des intermédiaires»<sup>231</sup>. Elle rappelle le principe de l'autonomie de la volonté:

---

<sup>229</sup> Recueil des Conventions, Convention XXVII, p. 252.

<sup>230</sup> Voir le texte anglais dans Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, Québec, 1983, p. 24-1.

<sup>231</sup> Alain Prujiner, Traités et documents usuels en droit du commerce international, *supra* note 200, p. 219.



«La loi interne choisie par les parties régit le rapport de la représentation entre le représenté et l'intermédiaire.

Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause.»<sup>232</sup>

Toutefois, si la désignation n'a pas été faite conformément à l'article précité,

«[...] la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle.

Toutefois, la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité est applicable, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat. Lorsque le représenté ou l'intermédiaire a plusieurs établissements professionnels, le présent article se réfère à l'établissement auquel le rapport de représentation se rattache le plus étroitement.»<sup>233</sup>

La règle contenue dans le texte que nous venons d'énoncer, nous semble assez proche de celle de la *Common Law*, à savoir la *Proper law*, la loi qui présente le lien le plus étroit avec le rapport juridique<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Article 5.

<sup>233</sup> Article 6.

<sup>234</sup> Voir Paul Lagarde, «La Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation», (1978) 67 *R.C.D.I.P.*, p.32, 36.

Il faut en outre préciser que la loi applicable en vertu des articles 5 et 6 régit la formation et la validité du rapport de représentation, les obligations des parties et les conditions d'exécution, les conséquences de l'inexécution et l'extinction de ces obligations.

Elle s'applique entre autres à l'existence, l'étendue, la modification et la cessation des pouvoirs de l'intermédiaire, ainsi qu'aux conséquences de leur dépassement ou de leur emploi abusif<sup>235</sup>. Cette Convention n'est pas en vigueur<sup>236</sup>.

La Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises quant à elle, vise, l'adoption de règles uniformes sur la représentation dans les rapports internationaux en matière de vente et d'achat de marchandises<sup>237</sup>. Elle en est une de droit substantif et non une de règles de conflit. Nous ne nous y attarderons donc pas considérablement. Précisons simplement deux choses:

Premièrement, elle réécrit les grands principes régissant le droit du mandat. Ainsi rappelle-t-elle que lorsque le mandataire agit pour le compte du mandant dans les limites du pouvoir qui lui a été conféré, et que le tiers connaissait ou était en mesure de connaître sa qualité de mandataire, ses actes lient directement le mandant.

---

<sup>235</sup> Voir l'article 8.

<sup>236</sup> Sur les trois pays qui l'ont signée (la France, le Portugal en 1978, et les Pays-Bas en 1987), seuls le Portugal et la France l'ont ratifiée, respectivement en 1982 et 1985. Or il lui faut trois ratifications.

<sup>237</sup> Prujiner, A., supra note 200, p. 85.

Ce dernier n'est pas lié si le tiers ignorait ou était censé ignorer la qualité du mandataire<sup>238</sup>. Si le mandataire a agi sans pouvoir ou a agi en dépassement de ses pouvoirs, ses actes n'engagent pas le mandant vis à vis du tiers, sauf si ce dernier a pu raisonnablement et de bonne foi croire que ce n'était pas le cas.

De plus le mandant peut dans un délai raisonnable ratifier les actes que le mandataire a posé *ultra vires*. Cette convention n'est pas en vigueur. Seul donc le droit international privé c'est-à-dire la méthode dite de la règle de conflit permettra de déterminer, dans chaque cas précis, le droit qui doit régir les rapports que comporte le mandat. Au chapitre de la méthode conflictuelle, il convient de prime abord de distinguer le contrat principal (la vente internationale) du contrat de mandat. En termes de détermination du droit applicable, les deux contrats obéissent à des règles différentes. Ainsi, à titre d'exemple, la vente peut être soumise à la Convention de Vienne sur la vente (contrat principal) internationale de marchandises alors que le contrat de mandat serait régi par un autre droit. En droit américain, anglais ou canadien anglais..., en somme, en *Common law*<sup>239</sup>, le contrat de mandat est, comme c'est généralement le cas en matière contractuelle, régi par la *proper law of the contract*, en l'absence de la volonté expresse des parties. Cette expression de langue anglaise est expliquée de la façon suivante:

«The term «proper law of a contract» means the system of law by which the parties intended the

---

<sup>238</sup> Voir les articles 12 et 13 de ladite Convention. *Supra* note 187.

<sup>239</sup> Evelyn Goldfarb, « Agency and the Conflict of Laws: A Critical Reassessment », (1977) 35 *U. of T. Fac. L. Rev.*

contract to be governed, or where their intention is neither expressed nor to be inferred from the circumstances, the system of law with which the transaction has its closest and most real connection»<sup>240</sup>. Ce qui est:

«[...] in general the law of the country where the relation of principal and agent is created»<sup>241</sup>.  
Mais pas nécessairement puisque:

«When principal and agent live in different countries, there is no presumption that the contract will be subject to the law of the country where the principal resides or carries on business. In this case, and even in a case in which both parties live in the same country, the conclusion may and will sometimes be justified that they intended their contract to be governed by the law of the country in which the agent is intended to act»<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Dicey-Morris, The Conflict of Laws, 10<sup>e</sup> éd. Vol.2, p.778-783. Voir l'article 4 al. 1 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1980-CEE): «Dans la mesure où la loi applicable n'a pas été choisie conformément à l'article, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays»

<sup>241</sup> Ibid., p. 1339. Voir dans le même sens J.G. Castel, Canadian Conflict of Laws, Toronto, Butterworths 1990, p. 586.

<sup>242</sup> Dicey-Morris, supra note 240, p. 850.

Quoiqu'il en soit, il s'agit de localiser le contrat dans la juridiction avec laquelle il a les liens les plus étroits<sup>243</sup>. S'agissant des rapports entre les tiers et le mandant, Ethel Groffier<sup>244</sup> précise que:

«le principe général est que le contrat entre le représenté et les tiers est régi par la loi qui lui est propre suivant la règle de conflit des contrats[...]. En général, mais pas nécessairement, la loi du contrat sera celle du pays dans lequel le représentant a agi<sup>245</sup>».

Les juges saisis peuvent alors, après avoir étudié les différents rattachements possibles, décider que c'est ailleurs que les parties entendaient localiser leur contrat<sup>246</sup>. En droit français, c'est la localisation objective qui a cours en matière contractuelle. L'idée (dont la paternité peut être attribuée à Batiffol) est qu'un contrat ne se localise pas naturellement, mais constitue essentiellement un événement intangible immatériel qui, en soi, n'occupe pas une place propre dans l'espace.

---

<sup>243</sup> James Gary McLeod, The Conflict of Laws, Calgary, Carswell, 1983, p. 505; J.G. Castel, Canadian Conflict of Laws, vol. 2, Toronto Butterworths, 1977, p. 558; la règle du «proper law» a été exprimée à plusieurs reprises par la Cour suprême et notamment dans les affaires Imperial Life Insurance c. Colmenares, [1967] R.C.S. 443; Drew Brown Ltd c. The Ship «Orient Trader», [1974] R.C.S. 1286.

<sup>244</sup> E. Groffier, "L'intermédiaire du commerce international au Canada", (1985) 9 *Thémis* 127.

<sup>245</sup> Albert Venne Dicey, Conflict of Laws, *supra* note 240 règle 168, p. 911; James Gary McLeod, *supra* note 200, p. 506; Voir la jurisprudence citée dans Gerald H. L. Fridman, The Law of Agency, 5<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1983, p. 340; Hardy & Baker c. Fairbanks & McNabb, (1853) 2 N.S.R. 432 (N.S.S.C.).

<sup>246</sup> Midland Doherty Ltd. c. Zonailo, (1982) 36 B.C.L.R.326 (B.C.S.C.).

Ce sont plutôt les éléments par lesquels le contrat se manifeste (échanges de consentements, rédactions d'écrits, actes d'exécutions...) qui en assurent la localisation. Il faut donc rechercher dans chaque cas comment se localise le contrat suivant ses caractères propres. Et c'est de cette localisation que découlera la loi applicable<sup>247</sup>. Yvon Loussouarn et Pierre Bourrel résument bien l'approche française en ces termes:

«Lorsque le contrat ne contient aucune référence explicite ou implicite à la loi applicable, les tribunaux doivent suppléer au défaut de volonté exprimée. Ils ont alors recours à des présomptions pour déterminer, en tenant compte des circonstances résultant de la formation, de sa teneur et de ses effets, quelle est parmi toutes les lois en relation avec ces éléments, celle qui leur paraît convenir le mieux comme loi unique»<sup>248</sup>.

Autant dire schématiquement, que ces juges pourront alors choisir entre la loi du lieu de formation du contrat ou celle du lieu d'exécution. S'agissant du contrat de mandat, on peut se reporter avec bénéfice à l'extrait suivant:

«S'il paraît normal que les pouvoirs du mandataire vis-à-vis des tiers soient déterminés par le mandat, donc finalement par la loi qui régit ce contrat, la tendance est répandue de consulter la loi du lieu où le mandataire agit, au moins en cas d'excès de pouvoir, dans les pays

---

<sup>247</sup> Batiffol et Lagarde, Droit International Privé, 7<sup>e</sup> éd., tome 2, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 265; Mayer, Droit International Privé, Paris Montchrestien 1991, p. 456 et s.

<sup>248</sup> Yvon Loussouarn & Pierre Bourrel, Droit international privé, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1980, p. 482.

où le pouvoir apparaît comme distinct juridiquement du mandat, précisément parce qu'utilisable dans des rapports différents. Le souci de protection des tiers qu'exprime finalement cette tendance pourrait trouver une réponse suffisante dans la jurisprudence sur l'ignorance excusable de la loi étrangère, quand le tiers, se fiant sans imprudence à la loi locale aura pu raisonnablement escompter que le mandant serait lié.»<sup>249</sup>.

En somme, l'existence du mandat, c'est-à-dire les pouvoirs conférés au mandataire, suit la loi du contrat de mandat (ce peut alors être celle du lieu de formation du contrat ou celle où réside la partie à qui incombe l'exécution de la prestation caractéristique...), et l'exercice du mandat se voit appliquer la loi du lieu où le mandataire a agi. Autrement dit la loi du lieu d'exécution. Sur la loi applicable à l'exercice du mandat, la Cour de cassation ne dit pas autres choses:

«L'article 8 de la loi de finances du 28 février 1912, qui impose au non professionnel l'obligation, pour tous marchés à termes ou à livrer sur marchandises, de recourir à l'entremise d'un courtier ou commissionnaire restant soumis aux obligations qui dérivent de sa qualité de mandataire, et qui édicte la nullité de toute opération d'achat ou de vente faite contrairement à ces prescriptions, n'est applicable qu'aux marchés traités aux conditions et règlements établis dans les bourses françaises et ne saurait être étendu aux ordres reçus en territoire français et devant être réglés dans un marché étranger»<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Henri Batiffol, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd., Paris L.G.D.J., 1967, p.661.

<sup>250</sup> Cass. civ., 2 juillet 1946, Gaz. Pal., 1946.2.222.

C'est donc la deuxième localisation que le droit français estime particulièrement apte à régir l'exercice du mandat<sup>251</sup>. En droit québécois, il n'en va pas tout à fait autrement. Le contrat liant le mandant et le mandataire suit la règle de conflit générale en matière de contrats. La matière était codifiée par l'article 8 C.C.B.C.<sup>252</sup> (ancien droit).

Ainsi «en l'absence d'un choix explicite de la loi applicable, les tribunaux québécois se livrent souvent à la recherche de l'intention des parties qui doit être tirée des termes du contrat ainsi que des circonstances qui l'entourent»<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> Cass. civ., 2 juill. 1946, Gaz. Pal., 1946.2.222, Lyon, 21 mars 1973, Clunet, 1974.345, note Kahn, Rev. cr. tr. int. pr., 1974.723. Encore faudrait-il que ce lieu soit déterminé ou déterminable. Or ce n'est pas toujours le cas. Prenons l'exemple d'un contrat comportant plusieurs obligations susceptibles d'être exécutées dans des pays différents. Certes, on pourra toujours se rapporter au lieu d'exécution principale ou caractéristique du contrat ( voir notamment Paris 27 janv. 1955, Rev. cr. dr. int. pr., 1955.330, note Motulsky). Mais un tel lieu fera souvent défaut. C'est pourquoi, on aura recours dans ce cas au lieu de conclusion du contrat. Voir l'article 4 al. 2 de la Convention sur la loi applicable aux obligations conventionnelles supra note 240: «Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement».

<sup>252</sup> Ce texte est ainsi libellé: «Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.»

<sup>253</sup> E. Groffier, supra note 201, p. 130. Voir notamment, Smith Transport Ltd. c. IN-TRA-CO inc., [1974] C.S. 265.



Ces propos de E. Groffier<sup>254</sup> nous paraissent avoir bien résumé ce droit en la matière:

«La jurisprudence québécoise en matière de mandat est presque inexistante sur ce point car, dans la plupart des cas, ou bien le contrat entre le commettant et l'intermédiaire a été conclu au Québec [...], ou bien la loi étrangère susceptible de s'appliquer n'a pas été alléguée et, dans les deux cas, le tribunal applique tout simplement le Code civil québécois [...]. On peut penser que la loi applicable régit toutes les conventions entre commettant et intermédiaires [...]. Néanmoins, si l'existence du pouvoir dépend du mandat, les effets du pouvoir de l'intermédiaire seront nécessairement influencés par la loi du lieu où le pouvoir est exercé [...]<sup>255</sup>.

Quant au C.c.Q. (nouveau droit), il nous semble plus précis. Cette précision vient d'un certain nombre de dispositions. L'article 3111<sup>256</sup> permet aux parties de faire régir leur contrat par une loi étrangère même si leur rapport contractuel ne contient aucun élément d'extranéité<sup>257</sup>. L'alinéa 3 de ce même article offre aux parties la possibilité du «dépeçage».

---

<sup>254</sup> Ibid.

<sup>255</sup> Voir dans le même sens Jean-Gabriel Castel, Droit international privé québécois, Toronto, Butterworths, 1980, p. 531.

<sup>256</sup> L'article 3111 dispose: «L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte».

<sup>257</sup> Il va sans dire que ce texte est limité aux dispositions supplétives.

En outre si la loi désignée invalide l'acte, la désignation est écartée. En l'absence de désignation de la loi applicable par les parties, le C.c.Q. retient le principe de la proximité (article 3112)<sup>258</sup>, et la technique dite de la «prestation caractéristique» (article 3113)<sup>259</sup>, le facteur de rattachement étant le domicile de celui qui fournit la prestation caractéristique du contrat. Plus spécifique au mandat est l'article 3116 C.c.Q. qui est libellé comme suit:

«L'existence et l'étendue des pouvoirs du représentant dans ses relations avec un tiers, ainsi que les conditions auxquelles sa responsabilité ou celle du représenté peut être engagée, sont régies par la loi désignée expressément par le représenté et le tiers ou, à défaut, par la loi de l'Etat où le représentant a agi si le représenté ou le tiers a son domicile ou sa résidence dans cet État».

Au total donc, dans tous ces droits, il apparaît que la loi du lieu d'exécution est privilégiée parmi les lois susceptibles de s'appliquer à l'exercice du mandat.

---

<sup>258</sup> L'article 3112 dispose: « En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'Etat qui compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte».

<sup>259</sup> L'article 3113 dispose: « Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement».

À juste titre. Quant au *lieu d'exécution*, il faut tout d'abord rappeler que nous cherchons à dégager le droit applicable à l'intervention du tiers, si nous devons le considérer comme le mandataire commun ayant reçu de ses mandants, la mission de déterminer le prix de la vente. C'est alors la prestation caractéristique liée à sa mission qui devrait nous guider<sup>260</sup>.

Et comme l'explique René De Quenaudon<sup>261</sup>, «la prestation caractéristique du mandat est celle qui pèse sur le mandataire d'accomplir sa mission». Cela revient à dire que dans le cas qui nous intéresse, la prestation caractéristique de la mission du tiers est celle de déterminer le prix de la vente. Et c'est au lieu où cette dernière sera exécutée que se trouve le lieu d'exécution spécifique du mandat. De ce fait, c'est le droit de ce lieu qui nous apparaît entretenir la relation la plus étroite avec la mission du tiers. C'est donc ce droit qui, selon nous, doit la régir. Et le lieu de l'exécution peut coïncider avec l'établissement, en l'occurrence celui du tiers.

En ce cas, la loi du lieu d'établissement sera aussi la loi du domicile du mandataire., c'est-à-dire le tiers déterminateur du prix si nous devons lui reconnaître une telle qualité. Et si d'aventure le lieu d'exécution devait être multiple, il faudra retenir comme droit compétent celui du lieu d'exécution principal<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Le tribunal fédéral suisse a d'ailleurs décidé en termes généraux qu'il faut en tout contrat déterminer la prestation caractéristique. Voir pour la vente, 12 Février 1952 (prestation du vendeur), et pour le prêt, 10 juin 1952 (prestation du prêteur) R. 1953.390, note Flattet; 31 août 1953, R. 1954. 799, note Flattet.

<sup>261</sup> (1984) R.C.D.I.P., P.424.

<sup>262</sup> Loussouarn et Bredin, Droit du Commerce International, Paris, Dalloz, 1969 p. 713.

De même si le tiers pour accomplir sa mission se déplace d'un pays à un autre, la tendance est de considérer que l'exécution est localisée dans le pays où la partie, qui doit la prestation caractéristique, a son établissement ou sa résidence habituelle<sup>263</sup>. Par ailleurs, il faut rappeler que l'exécution de la mission aura pour effet de faire éclore le contrat de vente dans toute sa plénitude. Il ne nous paraît pas juridiquement de faire régir une telle mission quasi génitrice par le droit applicable à la vente. D'où la pertinence de la loi du lieu d'exécution.

#### 4 L'expertise.

À l'*expertise* les dictionnaires Littré et Robert sont d'accord pour accorder, au sens courant, la même signification. L'expert est alors défini comme un homme qui a acquis par l'expérience une grande habileté. C'est sur le plan juridique qu'ils divergent. Le dictionnaire Littré dit de l'expert qu'il est celui qui, ayant acquis la connaissance de certaines choses, est commis à le vérifier et pour en décider.

Quant au dictionnaire Robert, il voit l'expert comme une personne choisie sur la base de ses connaissances techniques et qui est chargé de faire des examens, des constatations ou des appréciations de fait en vue de la solution d'un procès. Cette perception duale s'observe également dans la doctrine.

---

<sup>263</sup> Battifol et Lagarde *supra* note 247, p. 295.

Pour Jarrosson, l'expertise (amiable ou conventionnelle) désigne la mission que les parties confèrent à un tiers, afin que celui-ci donne un avis sous la forme d'un rapport. Étant entendu que l'avis est demandé sur un problème technique<sup>264</sup>, il s'agirait pour ce tiers «de préparer la présentation d'un litige né ou éventuel à des juges, d'éviter un tel litige ou de résoudre une simple difficulté ne présentant aucun caractère contentieux»<sup>265</sup>. Envisageant l'expertise judiciaire, Motulsky dit de l'expert qu'il ne tranche rien mais formule seulement un avis qui n'oblige personne, ni le juge, ni les parties<sup>266</sup>. Pour Jean Robert, le rapport d'expertise n'est jamais que facultatif pour celui (juge, arbitre ou partie) à qui il a été déféré<sup>267</sup>, tandis que la sentence a un caractère obligatoire. Béguin affirme lui aussi, pour définir l'expertise, que l'expert judiciaire, en formulant sa conclusion, se borne à exprimer une opinion qui du reste ne lie pas le tribunal qui a, seul, le pouvoir de statuer. Ce dernier peut s'appuyer sur les résultats de l'expertise ou non<sup>268</sup>. On retrouve dans ces définitions l'approche du Robert qui n'évoque que l'expertise judiciaire, où l'expert n'est appréhendé que comme un simple auxiliaire du juge.

---

<sup>264</sup> Jarrosson, supra note 195.

<sup>265</sup> Ibid., no. 208, contra, Kassis, qui souligne à juste titre que le recours au tiers peut avoir but de résoudre un litige ayant un caractère contentieux, et non seulement d'éviter le litige ou de résoudre une difficulté de caractère non contentieux, supra note 195, p. 108.

<sup>266</sup> Motulsky, supra note 195, p. 41-42.

<sup>267</sup> Robert, J., et Moreau, supra note 197, p. 10 et s.

<sup>268</sup> Béguin, supra note 213, p. 4.

Or si l'on s'en tient à la définition du Littré, l'expertise en tant que concept, déborde le domaine judiciaire pour recouvrir l'ensemble des rapports contractuels amiables, la totalité du domaine juridictionnel y compris l'arbitrage. Ainsi, l'expert peut être sollicité pour donner son opinion ou son avis sur une question et les parties peuvent dès le départ s'engager à accepter ledit avis. C'est dire alors qu'aussi bien une question de fait qu'une question de droit pourraient faire l'objet d'une expertise. Par exemple en droit international, de plus en plus les juges sont appelés à décider sur la base de droits étrangers qui ne leur sont pas nécessairement familiers. Il se conçoit aisément que ceux-ci prennent les précautions qu'il faut pour s'informer. Surtout, lorsque le problème à dénouer est complexe et requiert une connaissance affinée du droit en question ou d'une de ses ramifications. Les juges concernés recourront alors à un ou plusieurs experts. L'expertise ici (il faut le préciser) porterait sur le contenu de la loi et non sur le procès. L'expert émet dans ce cas un avis en droit. Mais il reste également qu'il est possible pour les parties, en dehors de tout procès, de tout contentieux, de faire appel à un tiers pour leur donner un avis qu'elles s'engagent à accepter.

C'est cette réalité qu'incarnent des mécanismes en cours dans divers droits nationaux tels *l'arbitrato irrituale* italien, le *schiedsgutachten*<sup>269</sup> allemand et suisse, la *valuation* et la *certification* des droits anglais et américain, la *bindend advies* du droit hollandais, de l'*expertise irrévocable* du droit belge que nous allons examiner, un à un<sup>270</sup>. Il s'agit de mécanismes dont l'étude est de nature à nous éclairer sur la qualification à retenir pour le tiers chargé de déterminer le prix en vue de compléter le contrat.

L'expertise n'est donc pas un concept simple, mais plutôt un concept multiple<sup>271</sup>. C'est ce qui explique qu'il soit possible de confier à l'expert des missions variées (mandataire, conciliateur etc.). Il est vrai que lorsqu'on évoque les termes expert ou expertise, cela conduit bien souvent à songer presque instantanément à l'expertise judiciaire. Ce type d'expertise où, le tiers est requis pour donner son avis sur une question de fait, afin, d'éclairer le juge ou l'arbitre qui avaient besoin d'une personne compétente et expérimentée, dans le domaine en question. Toutefois, ni le juge, ni l'arbitre n'est tenu par ledit avis. Or il ne faut jamais perdre de vue cette autre acception de l'expertise qui ne voit pas en l'expert qu'un simple auxiliaire de justice.

---

<sup>269</sup> En français cela signifie, expertise-arbitrage.

<sup>270</sup> C'est l'ensemble de ces mécanismes que Kassis désigne sous l'appellation d'*arbitrage contractuel*, Kassis, p. 108. Il souligne que cette dénomination n'est ni courante, ni même utilisée dans la littérature juridique des différents pays. Oppetit est le seul auteur qui selon lui en ait fait usage. Voir dans Oppetit, «Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente», (1977), *supra* note 207, p. 315 et s.

<sup>271</sup> Dans le même sens, Matray, allocution sur «l'arbitrage et l'expertise» Journée Jean Robert 16 septembre 1988.

En effet, dans ce cas-ci, les parties qui sont en litige sur une question donnée (indemnité à payer à la suite d'un sinistre couvert par une assurance, détermination des responsabilités et fixation de l'indemnité due à la suite de la rupture d'un contrat, divergence sur la qualité d'un produit ou sur sa conformité aux conditions du contrat etc.) sont incapables de s'accorder et optent de recourir à un tiers pour vider leur différend. Concrètement, elle désignent le tiers et, lui demandent de dire, suivant les cas, laquelle d'entre elles doit être tenue pour responsable de l'acte dommageable, de la rupture du contrat, ou, de dire si le bien vendu est conforme à ce qui a été convenu etc. Mais en même temps, elles ne veulent pas d'un arbitrage juridictionnel (qui se solde par une sentence qui lie les parties) qu'elles trouvent, par exemple, long et coûteux. Elles s'en remettent alors au tiers qu'elles ont choisi.

Ce type de mécanisme relevant de ce que certains<sup>272</sup> appellent arbitrage contractuel, par opposition à l'arbitrage juridictionnel, est connu dans différents droits nationaux sous des appellations diverses, que, nous allons maintenant examiner.

## II Les catégories particulières

Il s'agit ici de situations susceptibles de tomber aussi bien sous la qualification d'arbitrage que celle d'expertise, donc d'institutions qui peuvent paraître hybrides, à la frontière de ces catégories génériques.

---

<sup>272</sup> Voir Kassis, *supra* note 195, p. 108 et Oppetit «Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente», *supra* note 207, p. 315 et s



Il s'agit du *bindend advies*, de l'*arbitrato irrituale*, de l'*expertise irrévocable*, de la *schiedsgutachten*, de la *valuation de la certification*.

### 1 Le *bindend advies* (Pays-Bas)

Aux Pays-Bas, l'arbitrage juridictionnel est réglementé par les articles 1020 à 1076 du Code de procédure civile<sup>273</sup>. En marge de ce type d'arbitrage, il en existe cet autre que les hollandais dénomment *bindend advies*<sup>274</sup>. Ce mécanisme est celui d'un contrat par lequel, les parties pour régler leur litige, font appel à un tiers (un expert) dont elles conçoivent les conclusions comme obligatoires. Il en découle que comme en tout arbitrage, c'est à un tiers que les parties soumettent leur litige.

Toutefois, ici, elles ne sont pas en attente d'une sentence, mais plutôt, d'un avis, même s'il est vrai qu'elles se sont engagées au préalable à le respecter. Un tel avis impératif liera donc les parties. De là, ces deux traits fondamentaux qui permettent de démarquer le *bindend advies*, cette forme d'expertise, de l'arbitrage juridictionnel.

---

<sup>273</sup> Ces dispositions sont issues de la loi sur l'arbitrage entrée en vigueur le 1er décembre 1986. Voir J. C. Schultz «Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage», (1988)2 Rev. Arb., p. 219.

<sup>274</sup> En français, avis impératif. Voir Schultz supra note 273, Kassis, supra note 195, p. 66.

D'une part, quand l'avis impératif n'est pas exécuté volontairement, la partie qui réclame l'exécution forcée doit s'adresser aux tribunaux ordinaires compétent en matière de contrat, en suivant pour cela la procédure de droit commun<sup>275</sup>. Elle ne peut recourir à la procédure d'exequatur<sup>276</sup>. D'autre part, il ne fait pas partie des prérogatives du tribunal saisi relativement à l'exequatur d'une sentence, d'en examiner le fond. Il en va différemment du juge saisi du *bindend advies* dont il peut examiner la forme et le fond<sup>277</sup>. Ainsi, contrairement à une sentence arbitrale, l'avis impératif est rejeté s'il est contraire à la bonne foi et s'il s'avère qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu aboutir à un tel résultat<sup>278</sup>. L'on remarquera que l'expression *bindend advies* (avis impératif) comporte *a priori* deux termes antinomiques<sup>279</sup>. En effet, un avis ne peut *in se* être définitif. C'est seulement un élément extérieur qui peut en déterminer et en fixer la portée.

Toutefois, dès lors qu'on intègre dans son raisonnement que c'est l'accord préalable des parties qui confère à l'avis son caractère définitif, impératif, il n'y a plus *contradictio in terminis*.

---

<sup>275</sup> Et non au président du tribunal de première instance, ou au greffe dont origine la décision, comme c'est le cas pour les sentences arbitrales. Le juge procède alors à un examen élémentaire de la sentence (l'article 1362 de la loi néerlandaise précitée, *supra* note 273).

<sup>276</sup> Telle que prévue par les articles 1062 et 1063 du Code de procédure civile des Pays-Bas. Voir ces dispositions dans (1988) 2 Rev. arb., 219.

<sup>277</sup> Sanders, National Reports, The Netherlands, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol VI, 1981, p. 610, Kassis, *supra* note 195, p. 339, Schultsz *supra* note 273.

<sup>278</sup> Sur les conditions de l'exequatur, voir l'article 1063 du Code de procédure civile des Pays-Bas; P. Sanders, Yearbook of Commercial Arbitration, *supra* note 277, p. 61.

<sup>279</sup> Sanders, *supra* note 277, p. 610.

L'avis n'est pas impératif par lui-même, mais du fait d'une convention. En l'occurrence, l'accord préalable des parties de se soumettre à l'avis. Ainsi en va-t-il du *bindend advies* qui est admis par le *Hooge Raad* (la Cour Suprême) depuis 1924<sup>280</sup> sur la base du principe de l'autonomie de la volonté et qui l'est encore aujourd'hui<sup>281</sup>.

En somme, le *bindend advies* se matérialise par un avis, qui ne lie les parties que dans la mesure où elles l'ont décidé depuis le départ, alors que l'arbitrage juridictionnel se solde par une sentence arbitrale qui a autorité de la chose jugée et n'a besoin pour son application que d'une simple mesure d'exequatur. Sur les pouvoirs du juge concernant le *bindend advies*, il est admis que le contrôle judiciaire quant au fond est un «contrôle marginal»<sup>282</sup>. Il consiste soit en la mise en oeuvre du test de la bonne foi<sup>283</sup>, soit à la mise en oeuvre du test de la *reasonableness*<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 66.

<sup>281</sup> Schultsz, J. C. *Ibid.*, p. 218; David, R. *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris Economica, 1982, p. 138.

<sup>282</sup> Contrôle qui même dans sa forme marginale, est inexistant en matière d'arbitrage (P. Sanders, National report, The Netherlands, Yearbook of Commercial arbitration, vol. VI, 1981, p. 610)

<sup>283</sup> «Les parties seront liées par le résultat de ce contrat-l'avis impératif-à moins que cet «avis» ne soit tel qu'on agirait de mauvaise foi à vouloir tenir la partie perdante à cet «avis». Il existe en cette matière un contrôle des arbitres sur la décision des «aviseurs», qui sont aussi appelés «arbitres», ce qui est un sujet de confusion... Il faut s'adresser aux juges ordinaires qui exerceront un contrôle sur la manière dont cet avis a été donné et sur le contenu de l'avis, en ne l'acceptant pas s'il est évidemment contraire à la bonne foi. La sentence arbitrale, bien que mal jugée, est irréparable. Il y a donc là une différence essentielle entre la sentence arbitrale, d'une part, et ce qu'on appelle l'«avis impératif», d'autre part» (Sanders, Pays-Bas, dans: Union internationale des avocats, Arbitrage international commercial, Paris, Dalloz-Sirey, 1976, p. 406)

<sup>284</sup> «However, enforcement of a bindend advies is only refused when no reasonable person would have arrived at such a decision (the marginal control)» (P. Sanders, *supra* note 277, p. 610).

C'est dire que la *bindend advies* et l'arbitrage sont deux constructions juridiques différentes, relevant par conséquent de régimes juridiques non moins différents. De tout ce qui précède, il découle que le *bindend advies* présentent un certains nombres traits:

- Le tiers intervient sur un litige.
- Toutefois ses conclusions ne débouchent pas sur une sentence, mais un avis.
- Cet avis a un caractère obligatoire du fait de l'accord préalable des parties en ce sens mais pas autorité de la chose jugée comme une sentence.
- La procédure qui conduit à l'avis est résolument contractuelle et non juridictionnelle comme celle d'où découle une sentence.
- Cet avis peut être soumis en cas de non exécution volontaire aux tribunaux ordinaires suivant une procédure de droit commun, ceux-ci pourront alors en connaître aussi bien la forme que le fond.

## **2 L'*arbitrato irrituale* (Italie)**

Il consiste en un mécanisme similaire au *bindend advies* aussi bien dans sa conception que dans ses effets, et, tout comme lui, tire son fondement de l'autonomie de la volonté des parties.

Contrairement à l'arbitrage juridictionnel, il n'obéirait à aucun *rito* et serait par là même, un *arbitrato libero*<sup>285</sup>. Dans l'*arbitrato irrituale*, les parties sont en litige tout comme dans l'arbitrage (*arbitrato rituale*).

Elles font appel dans les deux cas à un tiers, à ceci près que, dans le premier cas, elles ne conçoivent pas le processus, comme celui d'un arbitrage avec tout ce que cela implique. Ce n'est pas une sentence que les parties entendent, mais un avis. Un avis qui en lui-même (à l'instar de tout avis), ne saurait les lier. Et c'est un tel avis que par accord préalable, elles ont rendu obligatoire. Si l'avis s'impose à elles, c'est par l'effet de leur propre volonté.

Si un tel avis n'est alors pas volontairement exécuté, celle qui en réclame l'exécution forcée doit en référer aux tribunaux ordinaires pour obtenir une ordonnance d'exécution. Ce qui pourra être accordé en vertu de la règle du *pacta sunt servanda*<sup>286</sup>. Tout comme s'il s'agissait de la *bindend advies* des hollandais. Et il est admis en droit italien que l'avis issu de l'*arbitrato irrituale* peut être annulé pour les causes d'annulation de droit commun en matière de contrats: incapacité des parties ou de l'*arbitro*, erreur, dol, violence, un dépassement par le tiers des limites de sa mission<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> L'*arbitrato irrituale* est aussi connu sous la dénomination d'*arbitrato libero*. Sur ce mécanisme voir Kassis, *supra* note 195, p. 15 et s. Il cite de nombreuses sources italiennes dont G. Schizzerotto, *arbitrato improprio e arbitraggio*, Giuffrè 1967, p.2; Straffa, «compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza le forme del Giudizio», (1907) *Riv.di dir. Com.*, p. 429 et s. Carnelutti, «Arbitrato estero», (1922) vol XX *Riv.di dir.com.*, p. 516-517; Ascarelli, «Arbitri et arbitratori, Gli arbitri liberi», (1929) Vol. IV *Riv.di dir proc.civ.*, 1ère partie, p. 308 et s.

<sup>286</sup> Kassis *supra* note 195, p. 352 et s.

<sup>287</sup> *Ibid.* qui en fait le tour.

Il ressort de cette analyse que l'*arbitato irrituale* présente les traits que voici:

- Le tiers intervient dans le cadre d'un litige.
- Toutefois ses conclusions ne débouchent pas sur une sentence, mais un avis.
- Cet avis a un caractère obligatoire du fait de l'accord préalable des parties en ce sens mais pas autorité de la chose jugée comme une sentence.
- La procédure qui conduit à l'avis est résolument contractuelle et non juridictionnelle comme celle d'où découle une sentence.
- Cet avis peut être soumis en cas de non exécution volontaire aux tribunaux ordinaires suivant une procédure de droit commun, ceux-ci pourront alors en connaître aussi bien la forme que le fond.

### 3 L'expertise irrévocable (Belgique)

Ces techniques qui consistent à confier à un tiers, le soin de rendre un avis obligatoire, impératif, ont également retenu l'attention du droit belge. Ainsi Huys et Keutgen<sup>288</sup> en disent qu'il ne s'agit pas d'une expertise, en ce sens que l'avis sollicité ne revêt pas un caractère consultatif, non plus que transactionnel, du fait qu'il n'y a pas de concessions réciproques. Il ne s'agirait pas davantage d'un arbitrage, car il n'est pas demandé au tiers de juger le différend, mais uniquement de donner une appréciation à laquelle les parties entendent se conformer. Cet avis, contrairement à l'arbitrage, porte sur une question de fait<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> L'arbitrage en droit belge et international, Bruylant 1981, p. 27-28.

<sup>289</sup> Ibid.; Dermine, L., L'arbitrage commercial en Belgique, Larcier 1975, p.12.

Si l'avis n'est pas respecté, il donne ouverture à une action en justice, en exécution de la convention portant engagement de respecter l'avis du tiers. Il ne peut donc être envisagé de le rendre exécutoire, comme on le ferait pour une sentence arbitrale. C'est dans ce cadre que s'inscrit bon nombre de conventions innommées telles que celles que nous venons de décrire.

Ainsi va-t-il de la convention par laquelle, la victime d'un accident et l'auteur du dommage ou son assureur, chargent un tiers de déterminer de façon irrévocable, le taux d'incapacité dont est atteinte la victime, indépendamment de toute question de responsabilité<sup>290</sup>.

Matray<sup>291</sup> précise qu'en Belgique, ce type de convention a dès le 19<sup>e</sup> siècle soulevé des difficultés dans le domaine des assurances, mais surtout, la question était de savoir quelle portée donnée à la clause que l'on trouve dans les polices d'assurances, et qui stipulent que le montant du dommage est irrévocablement fixé par les experts. Le problème juridique central était alors celui de savoir comment concilier la clause d'expertise irrévocable avec le principe énoncé à l'article 323 du Code de procédure civile à l'époque en vigueur en Belgique, et selon lequel, une expertise ne constitue qu'un avis facultatif pour le juge.

---

<sup>290</sup> Huys et Keutgen, *supra* note 288, Bruylant, 1981, p. 27-28.

<sup>291</sup> Communication au V<sup>e</sup> Congrès international de l'arbitrage, New-Delhi, 1975, (1975) *Rev. arb.*, p. 90.

Et toujours selon Matray<sup>292</sup>, en Belgique, l'unanimité s'est très vite faite sur l'idée que, si le juge qui sollicite un avis à un expert n'est pas lié par celui-ci, il n'en est pas de même des parties qui s'accordent sur l'intervention d'expert dont la fonction est de déterminer le montant d'un dommage. La jurisprudence belge a donc, au nom du principe du *pacta sunt servanda*, jugé que l'évaluation ainsi pratiquée est irrévocable<sup>293</sup>. Il a été aussi jugé que quand deux parties conviennent de confier à des médecins le soin de fixer irrévocablement, et sans possibilité de recours l'incapacité de travail de la victime d'une lésion, la mission du dit médecin ne constitue ni une expertise<sup>294</sup>, ni un arbitrage au sens technique du terme<sup>295</sup>.

Néanmoins, parce que les conclusions des médecins sont irrévocables, c'est d'une «expertise irrévocable» qu'il s'agit en l'occurrence<sup>296</sup>. Toujours en Belgique, la même question a surgi dans une expertise d'un type spécial, prévue pour le règlement d'avaries communes en matière maritime, les avaries communes étant les dépenses extraordinaires faites et les dommages soufferts, volontairement, pour le bien et la sauvegarde du navire et des marchandises.

---

<sup>292</sup> Matray, Communication au Vè Congrès international de l'arbitrage, New-Delhi, 1975, (1975) Rev. Arb., p. 90 et s.

<sup>293</sup> Ibid.

<sup>294</sup> C'est de l'expertise judiciaire qu'il est ici question.

<sup>295</sup> Huys et Keutgen supra note 288, p. 25.

<sup>296</sup> Ibid.



La répartition des pertes et des dommages entre les différents intéressés (propriétaire du navire et chargeurs des marchandises) est effectuée par des experts appelés dispatcheurs, nommés soit par le tribunal de commerce du port de chargement, soit le plus fréquemment d'un commun accord par tous les intéressés. Il y a eu hésitations sur leur qualité, lorsque les parties se sont engagées à se conformer à leurs conclusions. Pareilles clauses interdisant aux parties de demander au tribunal une nouvelle dispatche. Les dispatcheurs sont-ils alors des arbitres au sens de tout Code de procédure civile? Dans l'ensemble la jurisprudence belge leur nie cette qualité<sup>297</sup>. Dans ces différents cas sus-visés, le caractère irrévocable de l'expertise, n'a pas conduit les juges à lui donner une autre qualification que celle d'*expertise irrévocable*. Matray dit même que la controverse relative à la qualification des dispatcheurs semble définitivement résolue dans le sens de l'*expertise irrévocable*, et qu'il ne devrait plus y avoir place à atermoiements.

Et ce, depuis un arrêt du 6 février 1974 de la Cour de cassation de Belgique<sup>298</sup>, selon lequel, la convention par laquelle les parties se limitent à l'occasion de l'expiration d'un bail d'immeuble, à faire procéder par un expert, à la constatation des dégâts locatifs, et à l'estimation de la part de contribution du locataire sortant dans le coût des locations, ne constitue pas un compromis.

---

<sup>297</sup> Ibid., mais aussi, A. Bernard, L'arbitrage volontaire en droit privé, Bruylant, 1937, p. 21-22.

<sup>298</sup> Cité par Matray dans (1975) Rev. Arb., p. 91.

L'expertise irrévocable est donc l'expression retenue en Belgique, pour désigner l'intervention du tiers dont les parties ont par avance admis les conclusions comme obligatoires, sans pour autant y voir un arbitrage. Contrairement à l'arbitrage, il porterait «le plus souvent sur des questions de fait<sup>299</sup>» Et cela le distinguerait de l'arbitrage. Nous ne partageons pas cette position. Il faut se garder de confondre, d'assimiler l'avis lui-même, à la question qui en constitue l'objet. Il faut faire la distinction entre l'avis lui-même et la question sur laquelle il porte. Il est vrai que l'avis de l'expert est un pur fait<sup>300</sup>. Par contre, la question sur laquelle il porte, n'est pas une question de fait. L'avis doit ici être appréhendé comme la coque qui porte en elle, la solution du litige. S'il est exécuté volontairement, c'est la fin du différend. Dans le cas contraire, il faudra recourir au juge ordinaire pour le faire exécuter. Dans la mesure où l'on admet que la solution d'un litige, est une question de droit (et non de fait), il faut accepter que l'avis porte, en définitive, sur une question de droit.

L'avis ne contient rien d'autre, que ce qu'aurait pu contenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale (la force exécutoire en moins). S'il n'y avait pas eu de clause d'expertise irrévocable, ou s'il y avait eu en lieu et place, une clause compromissoire, les parties auraient soumis leur différend à un juge ordinaire ou à un arbitre. Et le jugement de l'un, ou la sentence de l'autre, aurait contenu fondamentalement, ce qu'eut pu contenir, l'avis obligatoire.

---

<sup>299</sup> Supra note 288 , p. 27 et 28; Demine supra note 289, p. 12.

<sup>300</sup> Kassis, p. 142.

Et dès lors que l'on peut se présenter devant un juge ou un arbitre, pour aplanir un litige sur une prétendue question de fait, ce n'est plus du fait. C'est à tout le moins aussi du droit.

En vérité, nous pensons qu'il faut toujours avoir à l'esprit, qu'en présence d'un conflit sur des droits, toute question de fait reliée à un tel conflit, s'inscrit dans une trame, dans une toile de fond qui, elle, est juridique. Nous aurons d'ailleurs remarqué que Huys et Keutgen<sup>301</sup> pour qui l'avis obligatoire de l'expert porte sur des questions de fait, disent qu'il en est ainsi «le plus souvent», donc pas toujours. C'est dire que, logiquement, il faut aussi admettre que l'avis obligatoire de l'expert peut parfaitement porter sur des questions de droit. Le duo question de fait/question de droit ne saurait donc servir efficacement de critère de distinction entre l'arbitrage et l'expertise irrévocable<sup>302</sup>. Par ailleurs, en droit belge, il y a unanimité pour dire que la convention d'expertise irrévocable, n'est pas un arbitrage, parce qu'il ne tendrait pas à vider un litige, alors que le litige est la condition *sine qua non* de l'arbitrage<sup>303</sup>. On considère généralement que dans la convention d'expertise, le tiers n'est pas appelé à juger le différend, mais, uniquement, à donner un avis, une appréciation<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Supra note 288.

<sup>302</sup> Et tous les autres mécanismes faits de la même eau.

<sup>303</sup> Bernard, A., L'arbitrage volontaire en droit privé, Bruylant et Librairie Générale de Droit, 1937, p. 19; Huys et Keutgen, supra note 288, p. 82, Matray, p. 91, C.cass. 6 février, 1974 citée par Matray, supra note 298, p. 92.

<sup>304</sup> Huys et Keutgen, supra note 288, p. 27.

Et Matray, qui a brossé un tableau d'ensemble du droit belge, observe que le juge peut contrôler aussi bien la forme que le fond de l'avis<sup>305</sup>. C'est, pensons-nous, confondre le litige en tant que condition de l'arbitrage d'un côté, et l'existence d'un litige en tant que critère distinctif de l'arbitrage de l'autre. Il est vrai que là où il n'existe pas de litige, il ne saurait y avoir arbitrage. Ce qui ne signifie pas que là où il y a litige, il y a nécessairement arbitrage et pas autre chose.

On peut très bien imaginer qu'une expertise irrévocable ait pour objet, ou même pour seul objet, la solution d'un litige. Pour s'en convaincre, imaginons un contrat, une police d'assurance par exemple, et insérons en lieu et place de la clause d'expertise irrévocable, une clause compromissoire. Si l'idée selon laquelle il n'existe pas de litige dans l'expertise irrévocable était vraie, on devrait en déduire que, si la police d'assurance contient au lieu d'une clause d'expertise irrévocable, une clause compromissoire, cette dernière est à considérer comme nulle, au motif que par hypothèse, il n'y a pas de litige en l'occurrence. Déduction qui serait aberrante.

On le sait, il n'est même pas nécessaire que le litige soit déjà né pour que soit admise la validité d'une clause compromissoire. Certes, il faudra que le litige soit avéré au moment où l'arbitre est effectivement saisi. On ne voit pas pourquoi, il en irait autrement pour l'expertise irrévocable.

---

<sup>305</sup> Supra note 291, p. 95.

Au nom de quelle règle, exclurait-on, par principe, l'existence de tout litige, quand à la place d'une clause compromissoire, le contrat contient une clause d'expertise irrévocable (par exemple pour la fixation du taux d'incapacité de la victime d'un accident). Si un tel contrat ne contenait ni une clause compromissoire, ni une clause d'expertise irrévocable, c'est à un juge que les parties se seraient adressées pour demander la fixation de l'incapacité. C'est bien là un litige que le juge aurait eu à trancher. Il faut donc abandonner l'idée que l'existence d'un litige est le critère objectif de distinction entre l'arbitrage et l'expertise irrévocable. Ainsi parlant des dispatcheurs, Huys et Keutgen disent qu'il est possible de leur conférer un pouvoir d'arbitre, mais encore faut-il que toutes les conditions soient réunies, notamment, un différend et l'attribution d'un pouvoir juridictionnel<sup>306</sup>.

Le contrôle du pouvoir judiciaire se limite à vérifier si les conditions de fond sont réunies et si les formes conventionnelles ont bien été respectées<sup>307</sup>. C'est donc le qualificatif d'«expertise irrévocable» qui est retenu en Belgique, avec cette constante que dans l'esprit du droit belge, ce mécanisme est à ne pas confondre avec l'arbitrage juridictionnel. Tout comme le *bindend advies* et l'*arbitrato irrituale*, l'*expertise irrévocable* tire son fondement du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, à moins que la loi ne l'interdise formellement, les parties sont libres de désigner un tiers pour rendre un avis irrévocable, sans pour autant vouloir ainsi, un arbitrage juridictionnel.

---

<sup>306</sup> Huys et Keutgen, supra note 288, p. 27.

<sup>307</sup> Matray rapport sur le droit belge au Vè Congrès international de l'arbitrage, supra note 291, p. 95 qui cite la jurisprudence à laquelle il réfère.

Si elles sont liées par les conclusions du tiers, c'est de par leurs propres volontés. Il s'agit d'un processus que les parties ont voulu, comme résolument contractuel. Or dans le domaine contractuel, le principe de l'autonomie est une pierre angulaire. Et c'est précisément lui qui fonde juridiquement un mécanisme que les belges qualifient d'*expertise irrévocable*. Ce mécanisme présente en somme les traits suivants:

-Le tiers n'intervient pas pour vider un litige mais simplement pour donner un avis, une estimation aussi bien sur une question de fait qu'une question de droit (litige).

-Cet avis a un caractère obligatoire du fait de l'accord préalable des parties en ce sens mais pas autorité de la chose jugée comme une sentence.

-La procédure qui conduit à l'avis est résolument contractuelle et non juridictionnelle comme celle d'où découle une sentence.

-Cet avis peut être soumis en cas de non exécution volontaire aux tribunaux ordinaires suivant une procédure de droit commun, ceux-ci pourront alors en connaître aussi bien la forme que le fond.

#### **4 Le diptyque français: arbitrage ou mandat**

Quant au droit français, dont le droit belge est traditionnellement proche, il reconnaît qu'il existe des cas où les parties confient à un tiers le soin de trouver une solution au litige qui les oppose, et s'engagent par la même occasion à respecter ses conclusions. Ce type de convention (nous venons de le voir) est vu par le droit belge comme une *expertise irrévocable*.

Ce qui peut recouvrir des hypothèses aussi variées que la constatation des seuls qualité et état des biens, la détermination du *quantum* d'un dommage ou d'une dette de somme d'argent, le comblement de lacunes d'un rapport de droit déterminé. En droit français, il n'existe pas un tel ralliement autour de la qualification d'*expertise irrévocable*.

Ainsi pour Jean Robert, la mission du tiers chargé de fixer souverainement l'indemnité, ou de procéder à un échange en fixant les soultes à acquitter, ne peut être que celle d'un arbitre (juridictionnel). C'est que selon lui, la sentence a un caractère obligatoire, tandis que le rapport d'expertise n'est que facultatif pour celui (arbitre juge ou partie) à qui il est déféré<sup>308</sup>. Level ne pense pas autrement. Lui qui soutient que dans la mesure où les «prétendus experts» ont reçu la mission de fixer souverainement une indemnité, ou sont chargés de déterminer la valeur d'objets à échanger, ou les soultes à payer, ou de procéder sans recours à une liquidation, ou un partage de succession, il y a compromis et non expertise<sup>309</sup>.

Pour ceux qui assimilent l'expertise irrévocable à l'arbitrage, il semble inconcevable que les parties, aux fins de la solution du litige qui les oppose, aient l'intention de se considérer à l'avance comme liées par les conclusions du tiers, tout en ne voulant ni d'un arbitrage juridictionnel, ni d'un simple avis qui ne les engage à rien.

---

<sup>308</sup> Robert, J., et Moreau, *supra* note 197, p. 10 et s. T.G.I. Paris, 25 janvier 1984, (1984) *Rev. Arb.*, 476; Cass., civ., 7 novembre 1974, (1975) *Rev. Arb.*, 302; Cass., civ., 26 octobre 1976 (1977) *Rev. arb.*, 33.

<sup>309</sup> Level, *L'arbitrage* dans *Jurisclasseur de procédure civile*, fascicule III, p. 23, no. 100..

Dans leur esprit il doit s'agir de l'un ou de l'autre<sup>310</sup>. D'autres au contraire assimilent l'expertise irrévocable à la perfection du contrat<sup>311</sup>. C'est le cas de De Boisseson. Ainsi il explique qu'il est difficile de distinguer l'arbitrage de l'expertise, ou de toutes autres situations, ou de tout autre mandat confiés à des tiers chargés de donner aux parties un avis qu'elles sont libres de pas suivre. Mais cette mission selon lui, peut être obscurcie par une formulation défectueuse, par exemple lorsque les parties qualifient de compromis d'arbitrage la désignation faite pour l'évaluation de biens successoraux. Ce type d'ambiguïté surviendrait à l'occasion de mandat irrévocable, où les parties s'engagent à l'avance à intégrer dans leurs relations contractuelles les conclusions des experts. Et il conclut en affirmant que, pour lui, cette hypothèse correspond notamment à l'article 1592 du Code civil qui dispose que le prix de vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers<sup>312</sup>. Il est donc clair que dans l'esprit de l'auteur, les conventions par lesquelles, des parties désignent un tiers et s'abandonnent à l'avance à ses conclusions, doivent être assimilées à celle prévue à l'article 1592 précité.

---

<sup>310</sup> Kassis, supra note 195, p. 159 et s.

<sup>311</sup> Cas que prévoit l'article 1592 du Code civil français.

<sup>312</sup> De Boisseson, M., Le droit français de l'arbitrage: droit interne droit international, Paris, Joly, 1990, p. 182 et s.



Et que du reste, elles relèvent toutes du mandat<sup>313</sup>. Cette approche est aussi celle de Loquin qui, commentant un arrêt de la Cour de Cassation de 1974, soutient que dans la mesure où les parties se sont engagées à accepter les conclusions des experts, cette expertise irrévocable les lie suivant le principe qui veut que la convention soit la loi des parties.

Ce qui est vrai. Loquin ajoute que les parties choisissent ainsi un mandataire commun chargé soit de compléter leur convention<sup>314</sup>, soit de la réviser, soit même d'établir dans son entier, le document contractuel<sup>315</sup>. On le voit, c'est le diptyque (arbitrage juridictionnel/mandat) qui régit la doctrine et la jurisprudence française sur la qualification du tiers dans ce type de convention. Le tiers est soit qualifié d'arbitre, soit qualifié de mandataire commun.

Jarrosson souligne qu'il aurait lieu de qualifier d'arbitrage toutes les hypothèses dans lesquelles les parties ne se sont pas réservées la possibilité de saisir ultérieurement un tribunal étatique ou arbitral<sup>316</sup>. Cet auteur établit donc une présomption en faveur de l'arbitrage. Mais il y a plus, il propose que toutes les situations relevant de ce que les belges appellent *expertise irrévocable* soient phagocytées par l'arbitrage juridictionnel.

---

<sup>313</sup> Il faut dire qu'en Belgique comme en France, le tiers visé à l'article 1592 du Code civil (ce texte est le même dans les deux pays) est généralement appréhendé comme un mandataire commun.

<sup>314</sup> Et il donne en exemple l'article 1592 du Code civil français.

<sup>315</sup> Loquin, note sous Cass. Civ., 7 novembre 1974, (1975) Rev. Arb., p. 304.

<sup>316</sup> Jarrosson, supra note 195, no. 292.

Il rejoint donc au fond ceux qui comme Robert<sup>317</sup> et Level<sup>318</sup> voient en l'*expertise irrévocable* ni plus ni moins qu'un arbitrage. Et pourtant, Motulsky<sup>319</sup> lui même admet que les parties peuvent recourir à une «expertise amiable», tout en voulant la rendre obligatoire. Et que, dans ce cas, la jurisprudence admet alors que l'article 323 du Code de procédure civile sur la liberté du juge de suivre ou de ne pas suivre l'avis de l'expert ne joue pas<sup>320</sup>. La catégorie ainsi décrite et par Motulsky n'est rien d'autre que celle du *bindend advies*, de l'*arbitrato irrituale* de l'*expertise irrévocable* etc. Il reste qu'en France, si ce type de convention n'est pas qualifiée d'arbitrage, c'est la qualification de mandat qui est retenue. Nous avons déjà fait état des clauses, qui dans les polices d'assurance, prévoient une procédure par laquelle des experts auxquels, les parties font appel pour constater le sinistre ou évaluer l'indemnité due. Nous avons vu qu'en Belgique par exemple, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre, qu'elles ont, une identité propre par rapport à l'arbitrage juridictionnel, la qualifiant par conséquent d'*expertise irrévocable*.

---

<sup>317</sup> Supra note 197

<sup>318</sup> Supra note 309

<sup>319</sup> A son sujet Kassis écrit ceci: «La pensée juridique française en matière d'arbitrage continue de vivre à l'heure de Motulsky. Les cinquante pages qu'il a consacrées à la nature juridique de l'arbitrage sont restées la seule analyse de l'institution en France avant les travaux de M. Oppetit et la thèse plus récente de Jarrosson. Dans la littérature juridique de langue française, on se sent naturellement porté à consulter Motulsky, à se placer sous son autorité, à citer ses définitions et ses catégories, même dans les commentaires les plus courts, toutes les fois qu'il est question d'arbitrage», Kassis, supra note 195 p. 165-166.

<sup>320</sup> Motulsky, supra note 195, p. 25. Sur cette expertise, l'auteur cite, civ. 19 janvier 1942, J.C.P., 1942. II. 1815, S. 1942. I. 62, Gaz. Pal., 1949. I. 153; Com. 20 janvier 1953, bull. Civ., no.29, p.22.

Ce n'est point le cas en France où, pour ces clauses également, la jurisprudence peut aussi bien retenir la qualification d'arbitrage, ou celle de mandat<sup>321</sup>. Et de fait, elles sont le plus souvent rangées dans l'arbitrage<sup>322</sup>. Seules quelques auteurs essayent (pour ce qui concerne les polices d'assurance) de sortir du diptyque français. C'est le cas de Level qui reconnaît qu'est fréquemment insérée, dans les polices d'assurance, une clause par laquelle, en cas de sinistre, les dommages couverts feront l'objet d'une évaluation confiée à deux experts, désignés respectivement par l'assureur et l'assuré et qui, en cas de désaccord, désigneront un autre expert pour les départager. Il en déduit qu'une telle clause porte à croire que l'avis définitif devra lier les parties et que l'on devrait y voir une clause d'expertise irrévocable ou une convention d'arbitrage. Mais, poursuit-il, comme il est juridiquement exclu de valider une clause d'expertise irrévocable qui ne soit pas un véritable arbitrage juridictionnel, et comme il n'est conforme ni aux usages, ni à la volonté des parties, d'interpréter la clause dans le sens d'un tel arbitrage<sup>323</sup>, il suggère d'y voir la simple volonté des parties de le différer. Puisqu'elles devront attendre pour aller en justice, le résultat de l'expertise ou l'achèvement du délai de carence de l'expertise. Effet dilatoire qui, selon lui, n'est rien d'autre que celui d'une clause prévoyant, la nécessité de recourir à une tentative de conciliation avant toute action en justice<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup> Le tiers est alors appréhendé comme un arbitre, sinon comme un mandataire commun. D'où d'ailleurs, l'importance d'identifier les critères permettant de distinguer les différentes catégories. Ce que nous ferons aux termes de ces développements.

<sup>322</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 161 et s. Jurisclasseur de procédure civile, Fascicule III, no. 105-107.

<sup>323</sup> Critiquant ainsi la jurisprudence qui s'est prononcée dans le sens de l'arbitrage, Level, *supra* note 309, no. 105-107.

<sup>324</sup> *Ibid.*, no. 100.

Vu de cette façon, c'est le recours à cette expertise qui sera obligatoire et non les conclusions de l'expert à moins que les parties aient convenu du contraire. Mais il est clair que les parties veulent un avis définitif. Puisqu'on ne peut assimiler les clauses en question à un compromis d'arbitrage, et en même temps leur dénier une force obligatoire propre, Level a donc choisi d'essayer une autre explication, tentant ainsi de sortir du diptyque (arbitrage juridictionnel/mandat) qui sévit en droit français sur ces conventions innommées. Nous aurons remarquer que c'est à propos de ces seules clauses figurant dans les polices d'assurance que Level tente cette tierce explication. Il faut en effet se souvenir que pour le même auteur, il y aurait compromis et non expertise, si, les «prétendus experts» ont reçu la mission de fixer souverainement une indemnité ou de procéder sans recours à une liquidation ou à un partage de succession. C'est pour les cas d'expertise irrévocable figurant dans les polices d'assurance que l'auteur semble se raviser. Et pourtant, dans l'ensemble, la jurisprudence et la doctrine, continuent à n'y voir que des compromis d'arbitrage<sup>325</sup>. Alors pourquoi toutes ces hésitations? Faut-il y voir ce que Kassis appelle:

«la gêne et l'embarras que cause une telle obstination qui constitue en quelque sorte un défi à une réalité envahissante (c'est-à-dire, la supplantation progressive de l'arbitrage juridictionnel par l'arbitrage contractuel)»<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Robert, J *supra* note 197; De Boissezon, *supra* p. 182 et s.

<sup>326</sup> Kassis, *supra* note 195 p. 162. Et c'est dans l'arbitrage contractuel, qu'il range les clauses dites d'expertise irrévocable.

Oppetit<sup>327</sup> fait état des mêmes difficultés et se trouve aux prises, avec les mêmes problèmes posés par les clauses d'expertise dans les polices d'assurance. Il évoque les hésitations de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de la fixation du prix d'un bien, ou du montant d'une prestation par un tiers, sans pour autant que la validité d'une telle clause d'expertise irrévocable, distincte de l'arbitrage juridictionnel, ne soit condamnée de façon péremptoire. Les mêmes hésitations toujours selon lui, s'observent en matière d'assurances, à propos de la mise en oeuvre des clauses de polices organisant une procédure de constatations d'un sinistre ou d'évaluation d'une indemnité par le recours à un tiers. En effet, lorsque la solution d'un différend dépend principalement de l'appréciation d'un homme de l'art, il peut paraître plus expédient de confier à cet expert un pouvoir de décision, de l'ériger en arbitre en quelque sorte, et l'on rencontre très fréquemment (ajoute-t-il), des clauses de ce type dans les polices d'assurance. Toutefois, cette combinaison, dans une procédure parfois très complexe, des caractères de l'expertise et de l'arbitrage, rend aléatoire la qualification de la clause au regard de l'une ou l'autre qualification. Même s'il apparaît qu'en matière d'assurance, c'est plutôt à la voie de l'expertise que les parties ont le plus souvent songé<sup>328</sup>. On le voit, il a beaucoup de difficulté à admettre, la validité et l'identité propre de l'expertise irrévocable par rapport à l'arbitrage. Et c'est à tort qu'il croit qu'un pouvoir décisoire est donné à l'expert et que cela l'érigerait en arbitre.

---

<sup>327</sup> «Sur le concept d'arbitrage» dans Mélanges Goldman, Paris Litec, 1987, p. 231-232.

<sup>328</sup> Ibid.

Nous croyons qu'il a tort, car, même dans l'expertise irrévocable, c'est simplement un avis que rend l'expert. Si cet avis lie les parties, c'est de par leur propre volonté et non de par l'avis lui-même. L'avis ne les lie pas *per se*. L'expert en question ne tranche pas le litige qui oppose les parties.

C'est d'ailleurs pour cela que Motulsky fait remarquer que, «le litige encore qu'il existe, n'entre pas dans l'objet du tiers, mais n'est qu'une condition extérieure et préalable à celle-ci»<sup>329</sup>. Il convient toutefois de souligner que Kassis se démarque de ce diptyque. Il estime que le tiers, dans le cas que nous analysons est appelé à donner un avis obligatoire et non à trancher le litige comme le ferait un arbitre. Il retient alors qu'un tel avis donné par le tiers est une *expertise irrévocable*. Si (toujours selon lui), cette expertise irrévocable intervient dans le cadre du règlement amiable d'un litige entre les parties et aux fins d'un tel règlement, elle doit être qualifiée d'*arbitrage contractuel*<sup>330</sup>.

Il ressort de tout ce qui précède qu'il semble que dans l'ensemble, en droit français<sup>331</sup>, l'expertise irrévocable (tous ces différents cas qui peuvent être ainsi qualifiés), n'existe pas en tant que catégorie propre, distincte. Elle est analysée comme mandat, si elle n'est pas purement et simplement assimilée à l'arbitrage.

---

<sup>329</sup> Motulsky, supra note 195, p. 47.

<sup>330</sup> Kassis, supra note 195, p. 127 et s.

<sup>331</sup> Hormis la position de Kassis, supra note 195.

Le droit français se distingue ainsi des droits hollandais, italien, belge, mais également allemand, suisse, anglais et américain où ces cas sont également connus, avec une identité propre, et que nous allons également considérer.

### **5 Le *schiedsgutachten* (l'expertise arbitrage) des droits allemand et suisse**

À l'instar des autres droits, les droit allemand et suisse n'ignorent pas ce mécanisme juridique qui consiste pour des parties à désigner un tiers et à rendre obligatoires ses conclusions. C'est ce qu'ils appellent le *schiedsgutachten* ou *expertise-arbitrage*<sup>332</sup>. Parlant du *schiedsgutachten*, Glossner<sup>333</sup> affirme que l'expert arbitre (*schiedsgutachter*) ne tranche pas une controverse juridique, il ne rend pas une décision en lieu et place d'un tribunal, comme le ferait l'arbitre avec sa sentence (*schiedspruch*) mais effectue plutôt une détermination sur une question de fait qui lie les parties. Il donne en exemple la détermination de l'existence et du montant des dommages, la détermination d'un prix, tel le prix à payer pour acquérir des actions.

---

<sup>332</sup> En droit allemand, voir Habscheid, «L'expertise-arbitrage», dans *International Arbitration*, Liber Amicorum for Martin Domke, Nijhoff, La Haye, 1967, p.111 et s; O. Glossner, *Yearbook of International Arbitration*, vol IV 1979, p. 62; En droit suisse, voir Thilo, «L'arbitre-expert (arbitrator)» dans (1945) I *Journal des tribunaux*, p. 226 et s.; *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne, 1984, p. 35, no. 64; Voir également Thorens, «L'expertise-arbitrage en droit suisse et en droit allemand», (1968) 35 *Semaine Juridique*, Genève, no. 35, 12 nov. 1968, p. 603 et s.

<sup>333</sup> *Supra* note 332; Voir dans le même sens Staudinger pour qui la mission de l'expert est de constater définitivement des faits qui conditionnent l'action ( *Kommentar B.G.B.*, 9<sup>e</sup> éd., vol. II, p. 451 et cité par Kassis, *supra* note 195 p. 247); Stein Jonas qui affirme que le juge-arbitre a pour mission de déterminer les rapports de droit des parties en appréciant la portée juridique des faits, alors que le tiers-arbitre n'a qu'à se prononcer sur quelques éléments de fait des actions exercées (*Die Zivilprozessordnung*, 14<sup>e</sup> éd., vol. II, p. 1081 cité par Kassis, *supra* note 195, p. 247).

Et toujours selon lui, le fondement juridique de l'expertise-arbitrage se trouve dans l'article 317 du Code civil allemand<sup>334</sup>. Il cite aussi en exemple, l'expertise de qualité<sup>335</sup> dont il prend soin de préciser qu'elle n'est pas à confondre avec l'arbitrage juridictionnel.

Puisqu'il s'agit selon lui, dans cette hypothèse, de la détermination par un tiers de la véritable qualité d'une marchandise ou de la question de décider si la marchandise est conforme à la description qui en est faite dans le contrat. L'expertise-arbitrage est donc appréhendée comme un catégorie distincte par rapport à l'arbitrage. Les règles de celui-ci ne s'appliquent pas à celui-là. Il faut toutefois faire remarquer que Glossner semble réduire le *schiedsgutachten* à des situations de fait. Cela est discutable si l'on s'en tient aux exemples mêmes que l'auteur a cités pour soutenir son analyse qui comportent la détermination de l'existence et du montant d'un dommage. En effet, même s'il peut relever du factuel de déterminer un montant, il ne faut pas perdre de vue le contexte dans lequel on a à le faire. Autrement dit, le droit et le fait se mêlent presque toujours quand on a à intervenir sur un litige qui oppose des parties. Pour le tribunal fédéral, l'expert-arbitre ne tire son pouvoir que de la volonté des parties, et ses conclusions ne sont obligatoires pour les parties, qu'en vertu de leur accord réciproque dans ce sens.

---

<sup>334</sup> «Lorsque la détermination de la prestation a été confiée à un tiers, il y a lieu d'admettre, dans le doute, qu'elle doit se faire d'après une appréciation équitable. Lorsque la détermination doit être faite par plusieurs personnes tierces, leur accord unanime, dans le doute, est nécessaire; si c'est une somme qui doit être fixée, la somme moyenne, dans le doute l'emportera».

<sup>335</sup> Voir Béguin, supra note 213 p. 4.



Elles ne lient le juge que, parce que, l'avis de l'expert, comme toute convention, fait la loi des parties sur la ou les questions de fait pour la solution desquelles les parties s'en sont remises à lui. Dans d'autres arrêts, le tribunal fédéral a choisi de voir dans l'expert-arbitre une personne qui a pour mission de se prononcer souverainement sur certains faits, et non pas de trancher le litige en droit. Il a aussi soutenu que l'expertise-arbitrage ne soumet pas à l'*arbitrium* d'un tiers le différend en tant que tel, mais seulement un fait ou un élément d'une obligation; que le tiers dans l'expertise-arbitrage est exclusivement commis pour constater quelques faits important pour la solution du litige (par exemple, le dommage causé ou certains éléments du dommage), et d'asseoir de la sorte une base utilisable dans le débat et, le cas échéant, le procès<sup>336</sup>.

Il apparaît que dans l'ensemble, le critère généralement retenu pour le *schiedsgutachten* se résume en des questions de fait qui sont les éléments d'un rapport de droit. Quant au contrôle judiciaire du *schiedsgutachten* en droit allemand, l'essentiel de ce qu'on peut en dire selon Thilo<sup>337</sup> est défini par un arrêt du *Reischsgericht*<sup>338</sup> aux termes duquel les parties s'en tiennent en principe à l'avis de l'expert et écartent par la-même toute autre preuve sur la question résolue par lui.

---

<sup>336</sup> Pour une vue d'ensemble de cette jurisprudence, voir Thorens, J. supra note 332, p. 604 et s. Thilo, supra note 332, p. 226 et s.

<sup>337</sup> Thilo, supra note 332, p. 236 et s.

<sup>338</sup> Cité par Thilo, ibid.

Cependant, en acceptant par avance la constatation de l'expert et en délimitant ainsi la preuve, les parties admettent comme allant de soi que la constatation sera le résultat d'un examen compétent et consciencieux. On doit donc aussi considérer qu'elles n'entendent se fonder sur l'avis que si et dans la mesure où il procède à pareil examen, mais non à n'importe quelles conditions. D'autre part, il serait parfaitement contraire au sens et à l'objectif de la convention de permettre aux parties d'infirmer la valeur probante de l'expertise et d'établir sans restriction son inexactitude en administrant toute espèce de preuve comme si l'expert n'avait pas donné son avis. Il apparaît donc la *Reichsgericht* retient, comme causes d'invalidation, l'iniquité évidente, mais également l'inexactitude évidente, entendue dans le sens d'un avis qui, tel qu'il se présente avec ses motifs, apparaît manifestement faux à un connaisseur de la matière, soit suivant l'arrêt:

«lorsque la constatation considérée pour elle-même et telle qu'elle a été établie peut être reconnue comme inexacte et inéquitable à l'époque où elle a été faite, et que ce vice est apparent, qu'il saute aux yeux. Il n'est toutefois pas nécessaire que chacun puisse s'en rendre compte; il suffit qu'il en soit ainsi pour un expert»<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup>*Ibid.*

C'est dans le même sens que se prononce la doctrine allemande<sup>340</sup> mais aussi la jurisprudence et la doctrine suisse<sup>341</sup>. Quoiqu'il en soit, quelle que soit l'approche adoptée, il ressort clairement des droits suisse et allemand que les parties peuvent décider d'être liées par les conclusions d'un tiers, sans pour autant qu'il s'agisse, dans leur esprit, d'un arbitrage. C'est dire que, ce que les italiens appellent *arbitrato irrituale*<sup>342</sup>, que les belges désignent par *expertise irrévocable*, que les français ont du mal à admettre comme autre chose que l'arbitrage<sup>343</sup>, les allemands et les suisses le dénomment *schiedsgutachten*. Il présente dans l'ensemble, les traits subséquents:

-Le tiers n'intervient pas pour vider un litige, pour décider sur le rapport de droit tout entier mais simplement pour donner un avis sur des questions de fait qui sont les éléments du rapport de droit.

-Cet avis a un caractère obligatoire du fait de l'accord préalable des parties en ce sens, mais il n'a pas autorité de la chose jugée comme une sentence arbitrale.

-La procédure qui conduit à l'avis est résolument contractuelle et non juridictionnelle comme celle d'où découle une sentence.

-Cet avis peut être soumis en cas de non exécution volontaire aux tribunaux ordinaires qui pourront en connaître.

---

<sup>340</sup> Voir en ce sens Stein Jonas qui en fait le tour, *supra* note 333

<sup>341</sup> Thilo, *supra* note 332, p. 236-239; Thorens, *supra* note 332, p. 609.

<sup>342</sup> Qui est différent de l'arbitrage.

<sup>343</sup> Kassis voudrait que ces mécanismes soient globalement connus sous l'appellation d'arbitrage contractuel. Kassis, *supra* note 195, p. 66.

Ils ne peuvent toutefois invalider l'avis que pour iniquité évidente ou inexactitude évidente. C'est dans la même famille qu'il faut ranger la *valuation* et la *certification* des droit anglais et américain.

## 6 La *valuation* et la *certification*

La *certification* est en droit anglais, une pratique selon laquelle, les parties conviennent que le travail à accomplir selon le contrat doit être exécuté à la satisfaction d'un tiers désigné. Ce dernier devra alors délivrer un certificat pour attester que ce qui a été fait est satisfaisant<sup>344</sup>. Quant à la *valuation*, elle consiste dans l'estimation par un tiers, de la valeur d'un objet ou d'une prestation à fournir, lorsque, les parties l'ont désigné pour ce faire, et ont, par avance, convenu d'accepter ses conclusions. Ce tiers est dénommé *valuer*<sup>345</sup>. Contrairement au droit français où, il arrive que l'intervention de tels tiers soit assimilée à l'arbitrage, il est admis en droit anglais que l'action du *valuer* ou du *certifier* sont fondamentalement distinctes de celle de l'arbitre. Ainsi, il leur est refusé le bénéfice de la règle de l'immunité<sup>346</sup> qui joue en faveur de l'arbitre<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 267; Halsbury Law of England, vol.2, 4<sup>e</sup> éd., 1973, p. 3 et s, Russel, On law of Arbitration, 18<sup>e</sup> éd. Par Walton, 1979, Stevens and Sons, p. 53 et s. John Parris, The law and Practice of arbitration London, George Godwin Ltd, 1974, p.10-11.

<sup>345</sup> Ibid.

<sup>346</sup> Arenson v Arenson, (1983) 2 All. E.R. 939.

<sup>347</sup> Sutcliffe v. Thackrah and others, 1974, A.C. 727.

Et parce que leurs conclusions ne sont pas à confondre avec une sentence arbitrale, on peut les attaquer sur la base de leur *unreasonableness*, contrairement à une sentence arbitrale<sup>348</sup>. Les conclusions du tiers dans la *valuation* ou la *certification* ne peuvent davantage bénéficier de la procédure sommaire qu'est celle de l'exequatur (*summary enforcement*)<sup>349</sup>. Elles n'ont que valeur contractuelle. Aussi, la partie qui en réclame l'exécution forcée doit s'adresser au juge compétent en matière contractuelle. Ce dernier pourra alors reconsidérer le fond et la forme de l'affaire. Il en va de même aux États-Unis<sup>350</sup>. En fait aucun des *Arbitration Act*<sup>351</sup> anglais n'a défini ce que c'est que l'arbitrage. Aussi, c'est aux tribunaux qu'est revenu au fil des ans, la tâche de tracer la frontière entre la *valuation*<sup>352</sup>, la *certification*<sup>353</sup> et l'*arbitration* (arbitrage). Pour ce qui est de la distinction entre la *valuation* et l'arbitrage, les tribunaux soutenaient que les accords tendant à référer une question à un tiers, et dont les parties acceptent à l'avance d'être liées par les conclusions, constituaient nécessairement un arbitrage.

---

<sup>348</sup> Minister Trust v Traps Tractors, 1954, 1 W.L.R. 963, p. 973.

<sup>349</sup> Ibid. Les sentences arbitrales sont en principe définitive, elles ont un caractère obligatoire pour les parties et peuvent donner lieu à des mesures d'exécution forcée. Le tribunal n'exerce aucune révision de la sentence de l'arbitre, ni sur les faits, ni sur le droit qu'il a appliqué. Bien entendu, les parties ont la faculté de décider par avance que la mission donnée à ce dernier ne sera que consultative.

<sup>350</sup> Kassis, supra note 195, p. 284-285, Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, Callaghan and Co. p. 225-227. Encore que la Californie, et l'Etat de New -York les assimilent à l'arbitrage. Voir également Stewart McClendon et R. E. E. Goodman International Commercial Arbitration in New York, New York, Dobbs Ferry, 1986, p. 8.

<sup>351</sup> Ni celle de 1950, ni celle de 1979, pas plus que la dernière ( Arbitration Act, c.23 de 1996). Sur cette dernière loi , voir Veeder, v.v., «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: la naissance d'un magnifique éléphant » (1997) Rev. Arb. , p. 3.

<sup>352</sup> Supra note 344.

<sup>353</sup> Ibid.

Ils ont suggéré deux critères, aptes, selon eux, à permettre une distinction entre l'arbitrage et la *valuation*. Il s'agit du but (*purpose*) et de la procédure (*procedure*). Pour qu'il y ait arbitrage, il faut qu'existe un litige (*dispute*). Le but de la décision du tiers doit être alors d'aplanir ce litige. À l'inverse, le but de la *valuation* est de prévenir le litige. Par ailleurs, l'*arbitrator* (l'arbitre) serait tenu de rendre sa décision sur la base des preuves reçues, alors que, le valuer doit simplement user de sa propre compétence (*his own skill*) et de son jugement (*judgement*).

Il en résulte que l'arbitre ne répondrait pas des conséquences liées à sa négligence dans l'exercice de ses fonctions, contrairement au *valuer*. Par ailleurs, la sentence arbitrale a autorité de la chose jugée, alors que la partie qui réclame l'exécution des conclusions du *valuer* doit saisir le tribunal à cette fin<sup>354</sup>. C'est dans l'affaire Re-Carus-Wilson and Greene<sup>355</sup> que ces propositions ont été formulées pour la première fois. Cette décision a été interprétée comme voulant dire que la *valuation* et l'*arbitration* s'excluent toujours, mutuellement.

---

<sup>354</sup> Parris, John, *supra* note 344; p. Russel, *supra* note 344.

<sup>355</sup> ((1886) 18 Q.B.D., p. 9. Un contrat de vente de bois sur pieds contenait une disposition selon laquelle, le prix serait déterminé par un *valuer*. Si ces derniers ne s'entendaient pas, alors interviendrait une troisième personne, un arbitre (*umpire*) pour les départager. La Cour a jugé qu'en l'espèce, il s'agissait d'une *valuation* et non d'une *arbitration* nonobstant l'utilisation du terme *umpire*. Voir notamment les observations de Lord Esher.

Il reste que si l'on s'en tient aux observations du même Lord Esher dans In re Dawdy v. Hartcup<sup>356</sup> auquel il réfère d'ailleurs dans Re carus and Greene<sup>357</sup>, et dans lequel il a affirmé «Although a valuation is not necessarily an award, there is no reason why it should not be», on doit en déduire que l'arbitrage et la *valuation* étaient alors considérés comme deux cercles pouvant se recouper, et non comme deux sphères ne pouvant jamais se toucher. Par la suite, les deux critères, tirés du but et de la procédure seront fortement critiqués. Ainsi Smith, M.R. affirme dans Chambers v. Goldthorpe<sup>358</sup>

«I do not see why there should not be an arbitration to settle matters, as to which, even if there is no actual dispute, there would probably be a dispute unless there were so settled».

Dans cette affaire, où il était question de savoir si l'architecte *certifier* devait être considéré comme un arbitre, Smith critiquait l'argument selon lequel l'architecte ne pouvait pas être un arbitre dès lors qu'il n'existe pas de litige entre le propriétaire et le constructeur. Il suggérait qu'il pouvait y avoir arbitrage pour régler la question, quand bien même aucun litige n'est avéré. Il suffit qu'il soit probable.

---

<sup>356</sup> (1885)15 Q.B.D., 426, notamment les commentaires de Lord Esher.

<sup>357</sup> Supra note 355.

<sup>358</sup> (1901) 1 K.B., 624.

D'autres décisions ont soutenu que ce n'est pas parce que les parties s'attendent à ce que le tiers s'acquitte de sa mission «*exclusively on his own skill and judgement*» qu'on lui refuserait la qualité d'arbitre<sup>359</sup>.

Dans l'affaire Arenson v. Arenson<sup>360</sup>, la Cour d'Appel a affirmé que, quand une personne est sollicitée pour rendre une décision juste et impartiale à l'égard des parties en fixant un prix conforme au marché, pour des biens donnés, ou en décidant sur toute autre question qui divisent les parties, elle est dans la position d'un arbitre, même s'il ne lui est demandé que d'user de sa propre compétence et de son propre jugement. Il n'est par conséquent pas responsable pour sa négligence<sup>361</sup>. Il jouit de l'immunité<sup>362</sup>. Dans la décision Sutcliffe v. Thackrah<sup>363</sup>, Lord Reed soulignait qu'en l'espèce, le *certifier* n'était pas dans la position d'un arbitre parce qu'il n'y avait pas de litige entre les parties. Il fait ainsi, lui aussi, du litige, une condition incontournable de l'arbitrage.

---

<sup>359</sup> Pappa v. Rose (1871), mais aussi Wright v. Howson, (1888) dans lequel l'arbitre dans un arbitrage en bonne et due forme a rendu sa décision sur la base de *his own inspection of the Goods*.

<sup>360</sup> [1973] 2 All.E.R. 939.

<sup>361</sup> Ibid.

<sup>362</sup> Boynton v Richardson, (1924) dans lequel le juge Greer J. Soutenait que «on the fact of these case, the surveyors were intended to hold the scales between the buyer and the seller, and were therefore in position of arbitrators and neither party could sue them for negligence». Voir dans le même sens, Finnegan v ALEN 1943 I All E. R. 493.

<sup>363</sup> (1974) A.C., 727.



Cette décision qui est venue renverser l'arrêt Chambers v Goldthorpe<sup>364</sup>, établit entre autres que le fait que le tiers prenne d'une manière indépendante une décision finale<sup>365</sup>, qui lie les parties, n'est pas suffisant pour distinguer l'arbitrage de la *valuation* ou la *certification*. En effet, si on devait retenir un tel critère, la *valuation* et la *certification* n'existeraient pas en tant que catégorie distincte, si le *valuer* ou le *certifier* aboutissait à ses conclusions, de façon indépendante. Or il est notoire qu'il s'agit là de mécanismes distincts de l'arbitrage.

Quant au critère de la décision juste et impartiale<sup>366</sup>, il n'est pas davantage acceptable car justice et impartialité ne sont pas l'apanage de l'arbitre. Ce n'est pas incompatible avec la mission d'un *valuer* ou d'un *certifier* que d'être juste et impartial. Aussi, dans Sutcliffe v. Thackrah<sup>367</sup> où ce critère a été abandonné, Lord Morris of Borth-Y-Guest observe que le fait que le propriétaire d'immeuble et l'entrepreneur conviennent que les certificats de l'architecte auront à leurs yeux la valeur d'une preuve péremptoire, n'établit pas en lui-même que l'architecte était un arbitre. Cette dernière qualité ne peut davantage être inférée de ce que la fonction de l'architecte implique de par sa nature qu'il doive agir d'une manière juste et impartiale, car, toujours selon lui, sa mission est de dire si le contrat a été exécuté selon les conditions.

---

<sup>364</sup> Supra note 358

<sup>365</sup> C'était le critère utilisé dans Minister Trust v. Traps Tractors, supra note 348, p. 973.

<sup>366</sup> Voir Sutcliffe v. Thackrah, supra note 347.

<sup>367</sup> Ibid.

Son devoir est de se comporter d'une manière juste lorsqu'il examine, à la lumière de son savoir professionnel, si le travail exécuté est conforme aux exigences du contrat. Ce qui ne rentre en aucune manière en contradiction avec son devoir de veiller aux intérêts du propriétaire et de l'entrepreneur à la fois<sup>368</sup>. C'est donc manifestement une question délicate que de tracer la frontière entre la procédure d'arbitrage et la *valuation* ou la *certification*. Mais Lord Esher fournit en quelques sorte les clefs de l'énigme en ces termes:

«S'il apparaît des termes de la convention par laquelle une question est soumise à la décision d'une personne que, celle-ci doit mener une enquête de nature juridictionnelle, entendre leur dires et décider sur la base des preuves qui sont produites devant elle, il s'agit alors d'un arbitrage. L'intention des parties dans de tels cas, est d'avoir une enquête juridictionnelle menée de manière juridictionnelle. D'autre part, il est des cas où une personne est désignée pour établir une certaine matière dans le but d'éviter que des difficultés surgissent mais pas de les régler après leur survenance. Dans de tels cas, il ne s'agit pas d'un arbitrage mais d'une simple *valuation*. Il ne peut y avoir des cas d'une nature intermédiaire où, bien qu'une personne soit désignée pour régler des litiges qui ont surgi, elle n'est pas tenue pour autant d'entendre des preuves ou des arguments. Dans de tels cas, il peut être difficile de dire si cette personne a été envisagée dans l'intention des parties comme

---

<sup>368</sup>*Ibid.*

devant exercer une fonction autre que celle d'un arbitre»<sup>369</sup>

Et c'est encore aujourd'hui, la description qui reflète le mieux le droit anglais en la matière. Dans l'état actuel du droit anglais, le test de l'arbitrage par lequel il se distingue de la *valuation* et de la *certification*, c'est la solution d'un litige par une personne désignée par les parties et devant laquelle se déroule une instance juridictionnelle (*judicial hearing*), l'arbitre conduisant les choses comme le ferait un juge ordinaire, en écoutant les demandes et les moyens de preuve des parties et en statuant sur la base de ce qui lui a été soumis. Au total donc, *valuation* et *certification* sont deux constructions distinctes de l'arbitrage. Alors que le second doit sa raison d'être à l'existence du litige, les premiers peuvent prendre place en dehors de tout litige ou même précisément, pour l'éviter. Elles peuvent aussi intervenir dans un contexte de litige, sans pour autant que les parties entendent du tiers désigné pour aplanir un tel litige, qu'il se comporte comme un arbitre, qu'il agisse avec une telle qualité.

En cela, la *valuation* et la *certification* rejoignent, le *schiedsgutachten*, l'*arbitrato irrituale*, l'*expertise irrévocable*, le *bindend advies* en tant que variante du mécanisme d'expertise<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Re Carus-Wilson and Greene, *supra* note 355.

<sup>370</sup> Étant entendu que ce n'est pas de l'expertise judiciaire dont nous parlons ici, puisque dans ce cas, l'expert rend un avis qui ne lie pas.

Et il en est de même en droit américain<sup>371</sup>. Comme nous venons de le voir, tous les cas dans lesquels les parties font appel à un tiers dont les conclusions les lient, ne relèvent pas nécessairement de la même qualification.

En vérité, la mission du tiers intervenant dans un tel contexte, est susceptible de recevoir plusieurs qualifications différentes. À preuve, les droits hollandais, italien, belge, allemand, suisse, anglais, américain etc. voient en cette construction juridique, un mécanisme à identité propre, distinct de l'arbitrage, contrairement au droit français qui y voit un arbitrage tout court ou le cas échéant, un mandat. Pour les premiers, le tiers est un expert dont l'avis lie les parties, du fait de leur propre volonté préalablement exprimée en ce sens, et non du fait de la seule force du dit avis. Pour le droit français, si les parties sont tenues par les conclusions, il faut assimiler ces conclusions à une sentence arbitrale. Sinon, il faut considérer qu'il en est ainsi parce que le tiers agit en tant que mandataire commun. Ce qui conduit à l'incorporation de ses conclusions dans le contrat. C'est l'une ou l'autre des deux voies. Mais dans l'ensemble, et dans toutes ces variantes de l'expertise (non judiciaire) que nous venons de voir, le tiers livre des conclusions qui lient les parties parce qu'elles en ont convenu au préalable. Leurs conclusions peuvent aussi bien porter sur des questions de fait que sur des questions de droit. Elles n'auront toutefois, de façon intrinsèque, que valeur d'acte contractuel. C'est d'ailleurs pour cela que la partie qui en réclame l'exécution forcée doit s'adresser au juge compétent en matière contractuelle qui pourra alors examiner le fond et la forme de l'affaire.

---

<sup>371</sup> Domke, *supra* note 350; Kassis, *supra* note 350.

Or le fait de travailler sur un litige, de rendre des conclusions qui lient les parties, de recourir à un tiers pour travailler sur un tel litige, sont autant de traits qui se vérifient aussi chez une autorité juridictionnelle tel l'arbitre. À la différence du juge ordinaire, la sentence doit être revêtue de l'exequatur pour être exécutée.

L'arbitre a le pouvoir de dire le droit, mais non celui d'apposer sur son jugement, la formule exécutoire, qui seule, ouvre la voie à l'exécution. L'arbitre bien que juge privé, n'est pas investi d'une autorité publique analogue à celle du magistrat.

Comment alors distinguer l'expertise de l'arbitrage, maintenant que nous avons établi qu'à côté de l'expertise judiciaire, il existe ce que nous appelons une expertise non judiciaire, et que, cette dernière comporte plusieurs variantes qui ont des accointances avec l'arbitrage? Répondre à cette question, c'est identifier le ou les critères, les plus susceptibles de traduire la distinction entre l'arbitrage et les missions à caractère contractuel, pouvant être confiées à des tiers. L'une des plus grandes sources de confusion en la matière, tient, le plus souvent, à l'incertitude de la terminologie employée par les parties dans la rédaction de leur stipulations<sup>372</sup>.

---

<sup>372</sup> Re Carus-Wilson and Greene *supra* note 355 où les parties avaient employé le terme *umpire* pour désigner le tiers qui s'est finalement avéré être un *valuer*.

Il est désormais bien établi que les tribunaux ne sont pas tenus par les termes contenus dans la convention<sup>373</sup>. C'est, en vérité, la nature de la mission confiée au tiers qui détermine s'il s'agit d'un arbitrage ou d'une expertise. La nature de la mission découle de l'intention des parties. Le langage que les parties ont employé dans leur convention, ne correspond pas nécessairement à leur intention réelle, et c'est à partir des exigences qu'elles ont posé qu'il faut inférer la dite intention. Ainsi, il faut savoir que la possibilité pour les parties d'être entendues, de plaider, de présenter une preuve, testimoniale ou documentaire, la présence d'avocats lors de l'enquête, le fait que le tiers rende une sentence arbitrale motivée, participent beaucoup plus du contradictoire que de l'expertise, et tendent à démontrer la volonté des parties de se soumettre à un arbitrage. Toutefois, le fait que la décision soit finale et obligatoire, s'il est indicatif d'un arbitrage, n'en est pas pour autant un apanage exclusif<sup>374</sup>. L'affaire Sport Maska Inc. c. Zitrer le confirme bien. Il était question dans cette affaire, de la vente d'une part importante de ses actifs par le séquestre d'une société en faillite à la société Sport Maska. La proposition de vente permettait que l'évaluation du stock telle qu'elle a été faite, puisse être révisée si nécessaire par les vérificateurs de la société en faillite (Zitrer) qui eux-mêmes, se sont engagés à prendre en considération les arguments de la société Sport Maska (acheteur).

---

<sup>373</sup> Req. 31 mai 1862, Sirey 1862, p. 36 et D.P., 1862, I, p. 242; Cass. Civ, 2è, 7 juin 1978, (1979) Rev. Arb., p. 343 note Roland-Levy; Provedco immobilière inc. C. Normand Nerember, [1990] R.J.Q., 1417-1426.

<sup>374</sup> Sport Maska Inc. C. Zitrer, 1 R.C.S., *supra* note 207, p. 564.

Lesdits vérificateurs devaient ensuite produire à chaque partie un avis sur la base duquel le compte et l'évaluation du stock devaient être tenus pour définitivement déterminés.

La société en faillite permettait en outre à Sport Maska d'assister à l'évaluation, de faire des observations, étant cependant entendu que la décision des évaluateurs serait «finale et obligatoire». Après inventaire révisé par Zittrer, la vente de la société fut conclue. Seulement, un an plus tard, la société Sport Maska (acheteur), en désaccord avec l'évaluation, introduisit une action en dommages-intérêts pour faute professionnelle contre Zittrer et autres. Ces derniers prétendirent qu'ils étaient des arbitres et que par là-même, ils étaient couverts par l'immunité attachée à cette fonction. La Cour d'appel leur donna raison en estimant que, tel qu'elles avaient procédé, les parties avaient eu l'intention de faire arbitrer par un tiers le «litige potentiel» entre le vendeur et l'acheteur. À l'unanimité, la Cour suprême du Canada infirma l'arrêt de la Cour d'appel. Après s'être livrée à une considérable comparaison en *Common Law*, en droit français, et en droit québécois sur les critères distinctifs de l'arbitrage, la juge L'Heureux-Dubé, qui rendit la décision, estima que la clause litigieuse instituait une «expertise comptable» et non un arbitrage vu l'absence de deux critères: l'existence d'un différend au moment de la formation de la vente qui aurait pu fonder la conclusion d'un compromis, le caractère non juridictionnel de la mission confiée aux évaluateurs qui ne devaient que compléter le contrat de vente, ces derniers n'ayant procédé qu'à une ratification, etc. Il s'agit en fait d'un arrêt qui exclut du régime juridique de l'arbitrage le mécanisme de perfection du contrat qu'est la détermination d'un élément du contrat.

C'est que pour cet arrêt, on ne pouvait pas parler de différend, de litige, le contrat étant seulement en formation. C'est juste. C'est sur la base d'un lien juridique, d'un rapport juridique que les parties peuvent mutuellement prétendre à des droits pour les unes et à des obligations pour les autres. Et c'est sur la base d'un tel rapport que peut naître un litige *stricto sensu*. Le tiers dont l'action, l'intervention tend à mettre sur pied ce rapport juridique ne saurait être qualifié d'arbitre<sup>375</sup>.

Il faut malgré tout, garder à l'esprit que si le litige est une condition *sine qua non* à l'existence de l'arbitrage, il n'est pas le critère distinctif. La raison en est que dans le *bindend advies*, l'*arbitrato irrituale*, l'*expertise irrévocable*, le *schiedsgutachten*, la *certification* et la *valuation*, en somme dans l'expertise obligatoire, le point sur lequel le tiers est appelé à intervenir peut être un litige, c'est-à-dire une divergence juridique entre les parties. Et comme dans l'expertise obligatoire, les conclusions du tiers sont obligatoires tout comme une sentence arbitrale<sup>376</sup>. Sous ce rapport, ces mécanismes se révèlent hybrides, puisqu'empruntant à l'arbitrage certains traits (l'existence d'un litige, ce qui suppose l'existence d'un rapport juridique parfait, le caractère obligatoires des conclusions).

---

<sup>375</sup> Voir dans le même sens que l'arrêt *Sport Maska*, *supra* note 207, *Provedco Immobilière Inc. c. Nerenberg*, une décision de la Cour supérieure confirmée en appel et qui a jugé qu'une clause prévoyant une procédure d'évaluation de la valeur d'un terrain sur lequel portait un bail amphythéothique devant permettre à déterminer le prix de rachat d'une participation dans une entreprise conjointe, n'est pas une clause compromissoire mais une clause contractuelle soumettant cette question à l'opinion d'expert-évaluateurs ([1990] R.J.Q. 1417 (C.S.) (le juge C. Benoit), requête pour permission d'appeler rejetée (7 mai 1990), Montréal, no. 500-09-000588-905, J.E. 90-949 (C.A.)).

<sup>376</sup> Encore que dans le premier cas, c'est la volonté des parties qui rend l'avis obligatoire, dans le second cas, la sentence a en elle-même, autorité de la chose jugée.



On comprend dès lors que le fait que la décision soit finale et obligatoire, ne soit pas davantage un critère distinctif, et qu'en définitive, ce soit plutôt, à un critérium qu'il faille recourir pour distinguer l'arbitrage de l'expertise.

Il consiste en la *nature de la mission confiée au tiers ainsi que la manière dont elle est conduite*. Qu'elle est alors la qualification à retenir pour le tiers qui nous préoccupe dans la présente étude.

### III Le statut du tiers déterminateur du prix

La mission du tiers telle qu'elle retient ici notre attention, consiste en un mécanisme qui est prévu dans plusieurs ordres juridiques nationaux<sup>377</sup>.

---

<sup>377</sup> L'article 317 al.1 B.G.B. (Code civil allemand): «Lorsque la détermination de la prestation a été confiée à un tiers, il y a lieu d' admettre, dans le doute, qu'elle doit se faire d'après une appréciation équitable. Lorsque la détermination doit être faite par plusieurs personnes tierces, leur accord unanime, dans le doute, est nécessaire; si c'est une somme qui doit être fixée, la somme moyenne, dans le doute l'emportera»; l'article 1349 Code civil (Italie): «Si la détermination de la prestation formant l'objet du contrat est déferée à un tiers et s'il n'appert pas que les parties ont voulu s'en remettre à son seul arbitre, ce tiers doit procéder avec une appréciation équitable.Si la détermination du tiers fait défaut ou s'il est manifestement inique ou erronée la détermination est faite par le juge.La détermination déferée au seul arbitre du tiers ne peut être attaquée si sa mauvaise foi n'est pas prouvée. Si la détermination du tiers fait défaut et que les parties ne se mettent pas d'accord pour le remplacer, le contrat est nul.Pour déterminer la prestation, le tiers doit également tenir compte des conditions générales de la production à laquelle le contrat se réfère éventuellement»; l'article 1473 Code civil (Italie): «Les parties peuvent laisser la détermination du prix à un tiers, choisi dans le contrat ou à choisir ultérieurement.Si le tiers ne veut ou ne peut accepter la charge, ou si les parties ne s'accordent pas sur sa nomination ou sa substitution, la nomination, à la demande de l'une des parties, est faite par le président du tribunal du lieu où a été conclu le contrat»; l'article 1592 du Code civil français, «Il [le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente»; Voir au Québec, Beaudouin c. Rodrigue, *supra* note 39; Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée, *supra* note 40 L Faribault, Traité de droit civil du Québec, *supra* note 38; L'article 9 du Sale of Goods Act. Ce texte codifie en fait la jurisprudence anglaise sur le mécanisme de la fixation du prix par un tiers. Sur l'évolution qui a mené à cette disposition, voir Corbisier, Isabelle " La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises", *supra* note 69, 801-802, voir également les arrêts Milnes v. Gery (1807) 14 Ves. Jur. 400; Agar v. Mackleu (1825) 2 Sim & Saint, 418; Vickers v. Vickers (1867) L.R.4 Eq. 529; Treitel, 7è éd., 1983, p. 46; A. Farnsworth, Contract, *supra* note 174 p. 198; Corbin A.L., On Contracts, 12 vol., St-Paul Min., West Publishing Co., 1950-1964, 98, no.44; voir l'article 2.305.2 (voir annexe) U.C.C., qui consacre implicitement la validité de la vente " set or recorded by a third person"

Sa mission est de fixer le prix de la vente. Une fois déterminé, ce prix viendra parfaire l'entente existant entre les parties. Mais quelle est la nature juridique de cette mission, en quelle qualité intervient le tiers?

### **1 La conciliation, la médiation et la mission du tiers**

Comme nous l'avons déjà démontré, le médiateur et le conciliateur sont des intermédiaires de bons offices qui n'ont pas le pouvoir de lier les parties. Ainsi, même s'ils arrivent à dégager une solution, il leur reste encore à la faire accepter par les parties qui demeurent libres de se déterminer par l'affirmative ou par la négative. Dans le premier cas, la solution devient obligatoire au titre d'une transaction, dans le second, tout est à recommencer. Il en va différemment du tiers déterminateur du prix dont les conclusions, une fois dégagées lient les parties. Le tiers n'a pas à les faire accepter comme dans la médiation ou la conciliation. C'est dire que contrairement aux conclusions du tiers qui a à déterminer le prix en vue de compléter le contrat, la médiation et la conciliation se soldent en cas de succès, par une simple recommandation ou la mise au point d'un procès verbal de conciliation qui ne tire sa force que de la seule adhésion des parties. Par ailleurs, la mission même du tiers déterminateur du prix se démarque de celle du conciliateur ou du médiateur. Il n'a pas à concilier les parties non plus qu'à leur soumettre une proposition d'accord que ces dernières seraient appelées à accepter ou à refuser. Il a simplement à déterminer le prix qui viendra compléter l'entente.

En somme, le tiers déterminateur du prix ne saurait être qualifié de conciliateur ou de médiateur<sup>378</sup>. Pour autant, les conclusions du tiers ne relèvent pas de la transaction puisque celle-ci résulte nécessairement de concessions réciproques<sup>379</sup>. Ce qui n'est pas le cas des conclusions du tiers déterminateur.

## 2 La mission du tiers et le mandat

Traditionnellement, le tiers qui est investi par les parties de la mission de fixer le prix dans le contrat en formation est considéré comme un expert, mandataire commun des parties<sup>380</sup>. Ainsi Habscheid écrit:

«La fixation du prix par un tiers prévu à l'article 1592 CCF et à l'article 317 BGB correspond à l'«arbitaggio» italien (article 1349 CCI), et ce type est également connu dans le droit suisse. Dans ces hypothèses, le tiers détermine un élément du contrat sur lequel les parties ne pouvaient se mettre d'accord et il crée ainsi un rapport contractuel. Ces cas peuvent, d'une

---

<sup>378</sup> On fera néanmoins remarquer que la transaction dans laquelle se matérialise le succès de la conciliation ou la médiation, partage des affinités avec les conclusions du tiers déterminateur du prix. Il en est ainsi parce qu'elles ne peuvent en principe pas être attaquées par les parties ( voir article 2052 du Code civil français,. Elles pourront néanmoins être frappées de nullité en cas d'erreur substantielle, dol, violence.

<sup>379</sup> Motulsky, supra note 195, p. 38.

<sup>380</sup> Kassis écrit à ce sujet qu'il y a «pratiquement un consensus chez les juristes et dans la jurisprudence des différents pays à voir dans le tiers qui déterminent un élément d'un contrat en cours de formation, un mandataire commun des contractants. Cette proposition est donnée comme une sorte de truisme, comme faisant partie de l'axiomatique du droit.»; Voir Motulsky, supra note 195, p.41; Becqué note sous Cass. civ 25 avril 1952 (Cabreiron c. B. Mouton) J.C.P., 1952 II 7181; H.L. et J. Mazeaud et de Juglart, M., tome III, vol. II, no. 868; Cass. civ. 1ère, 26 octobre 1976(J.Cayrol c. B. Cayrol), rev. arb., 1977, 336; Jarrosson, C., supra note 195, p.159-160, no. 302; Bernini, Yearbook of Commercial Arbitration, 1981, p.34-35; Habscheid, W., «L'expertise-arbitrage (étude de droit comparé) supra note 195, p. 109-110.

manière simplifiée, être caractérisés comme la *conclusion d'une convention par l'intermédiaire d'un mandataire commun*<sup>381</sup>.

Quant à Motulsky il affirme que le fait de confier à des tiers le soin de fixer un prix de vente ou de loyer ne constitue pas, en principe un compromis d'arbitrage; les tiers sont chargés de parfaire le contrat dont un élément est resté en suspens; les parties se substituent donc des personnes qui apportent à l'édifice contractuel la dernière pierre à la place des parties et avec effet pour elles: ce sont, par suite, des *mandataires*, la solution qu'ils arrêtent lie à la fois les parties et le juge, mais une *condamnation par le tribunal* doit être obtenue en cas de refus d'exécution<sup>382</sup>. C'est là une explication qui est partagée par Level qui dit même que, la décision du tiers qui est investi de la mission de fixer un prix ou un loyer suit le régime de la convention comme si la fixation du prix ou du loyer, au lieu d'être déterminée par l'expert, l'avait été par les parties elles-mêmes et qu'alors, l'expert est un mandataire<sup>383</sup>. C'est également le même raisonnement en droit italien où la doctrine est unanime<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Habscheid, *supra* note 332, p. 109-110, en italiques dans le texte

<sup>382</sup> Motulsky, *supra* note 195, p. 23, en italiques dans le texte; Civ 19 janvier 1942, J.C.P., 1942. II. 1815, S., 1942. I. 62, Gaz. Pal., 1942. I. 153; Civ., 8 novembre 1948, Bull. civ., 289, p. 946; 31 janvier 1950, Bull. civ., no. 27, p. 18; Com., 6 décembre 1950, Bull. civ., no. 205, p. 141; Paris, 1er mars 1951, D., 1951. 315; Civ., 25 avril 1952, Bull. civ., Bull. civ., no. 138, p. 116; J.C.P., 1952. II. 7181, D., 1952. 635, Gaz. Pal., 1952. II. 71; Civ. II, 21 juin 1956, Bull. civ., no. 381, p. 246, (1956) *Rev. Arb.*, p. 132; Trib. civ. Seine, 8 février 1956, Gaz. Pal., 1957. 30; Trib. gr. inst. Seine, 2 juin 1960, (1960) *Rev. Arb.*, p. 133.

<sup>383</sup> Level, *supra* note 309, no. 89 et 91.

<sup>384</sup> Sur l'ensemble de la doctrine italienne, voir Kassis note 195, p. 84 et s., mais également au no. 195; Bernini, Yearbook 1981, *supra* note 380, p. 34-35.

Si le tiers déterminateur du prix est le mandataire commun des parties, si la définition du *mandat* s'applique à lui, sa mission en serait forcément une avec représentation, puisqu'il ne dissimule sa qualité à personne. S'il est vraiment un mandataire, il va de soi qu'il apparaît comme tel aux parties, celles là mêmes qui lui auraient donné mandat.

Qui plus est il ne peut cacher sa qualité à personne d'autres, sa mission ne le mettant précisément en contact qu'avec ceux qui la lui ont confiée, en l'occurrence les parties. C'est donc une mission qui ne comporte pas de représentation. Et c'est une des raisons majeures qui doit conduire à rejeter la qualification de mandat. C'est du reste un des arguments sur lesquels s'appuie Kassis pour affirmer que le tiers ici n'agit pas au nom des parties, mais en son nom propre et que ce faisant, il jouit d'une indépendance absolue vis à vis des parties<sup>385</sup>. Il est vrai que le mandataire est maître de l'opportunité d'agir et libre de choisir les procédés par lesquels, il compte réaliser la mission qui lui a été assignée. Il est aussi exact qu'il a une certaine liberté de démarches et que ses actions ne lui sont pas dictées point par point<sup>386</sup>. Ainsi, dans un mandat général donné à un mandataire pour racheter des entreprises fiables dont les anciens propriétaires veulent se départir par exemple, le mandataire est absolument libre d'utiliser tous les moyens légaux pour atteindre cet objectif.

---

<sup>385</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 100-101.

<sup>386</sup> Encyclopédie Dalloz, droit civil V, Mandat, p. 3 no. 14, par René Rodière.

Et même s'il s'agit d'un mandat spécial, comme par exemple celui d'acheter un immeuble dont la qualité répond aux normes d'hébergement de personnes âgées, le mandataire est libre à l'intérieur de ce mandat d'utiliser tous les moyens licites et aptes à lui permettre d'accomplir son obligation. Ainsi il peut solliciter l'avis d'experts, sans forcément demander le consentement spécifique du mandant. Il reste que malgré tout, l'indépendance du mandataire n'est que relative<sup>387</sup>.

Cela explique d'ailleurs que le mandataire puisse recevoir des instructions, même s'il est vrai que le fait pour le mandataire de recevoir ou pas des instructions est indifférent à l'existence du mandat. Il en va autrement du tiers déterminateur du prix. Il ne saurait recevoir des instructions pour déterminer le prix. C'est précisément à son expertise que les parties ont fait appel.

Aussi sommes-nous d'accord avec Kassis pour dire que vis-à-vis des parties, le tiers est absolument indépendant. Ce qui est incompatible avec la qualité de mandataire<sup>388</sup>. Pour toutes ces raisons, il faut abandonner la qualification de mandat qui, même dans sa version *common law* (*agency*) suppose une représentation<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> Ibid., p. 4, no. 20.

<sup>388</sup> Voir dans le même sens R. David, cette autre seule voie à part Kassis, qui s'est élevée contre la qualification du tiers déterminateur du prix, de mandataire commun des parties supra note 281, p. 564-565.

<sup>389</sup> Voir nos développements sous «Le mandat».

Il faut aussi faire remarquer que les instruments internationaux<sup>390</sup> qui traitent surtout des rapports du mandataire avec les tiers, ne présenteraient aucun intérêt pour un mécanisme comme celui qui met en scène le tiers chargé par les parties de compléter le contrat en déterminant le prix, et qui ne comporte aucune représentation.

### 3 Le tiers et l'arbitrage

On peut comprendre un raisonnement juridique qui refuserait la qualité d'arbitre au tiers. Surtout si ce raisonnement prétend que le tiers appelé à compléter l'entente en fixant le prix intervient dans un contexte où le contrat n'existe pas encore, et que, par conséquent, un litige et donc un arbitrage est inconcevable sur cette base.

En effet, l'existence d'un litige demeure une condition *sine qua non* de l'arbitrage<sup>391</sup>. Il faut donc qu'à côté d'un rapport juridique indiscutable existe un litige. Or dans le cas du tiers dont il est question, sa mission vise à compléter l'entente afin de la transformer en une vente pleine et entière.

---

<sup>390</sup> Il s'agit de la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises qui vise l'adoption de règles uniformes sur la représentation dans les rapports internationaux en matière de vente et d'achat de marchandises et la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation qui propose des règles de rattachement unifiées quant aux activités des intermédiaires. Voir ces textes dans Alain Prujiner, Traités et documents usuels en droit du commerce international, *supra* note 200 aux pages 217 et s.; 173 et s.

<sup>391</sup> Certes, les parties peuvent convenir de recourir à l'arbitrage, alors même qu'aucun litige ne s'est fait jour entre les parties. C'est le sens même de la clause compromissoire. Il reste que le litige que doit avoir vu le jour au moment où l'arbitrage se met en place effectivement.

Il n'y aurait pas vente en tant que telle, tant et aussi longtemps que le prix n'est pas déterminé. C'est d'ailleurs, par exemple, le sens de l'article 1592 du Code civil français. Il n'y aurait donc en principe, pas de lien juridique sur lequel une quelconque des parties pourrait s'appuyer, pour se prévaloir d'un quelconque droit pour elle et des obligations à l'égard de l'autre<sup>392</sup>. En adoptant une telle vision des choses qui, du reste, est celle en vigueur dans certains ordres juridiques civilistes<sup>393</sup>, il est logique et compréhensible d'arriver à la conclusion que, le tiers qui complète l'entente en fixant le prix ne saurait recevoir la qualité d'arbitre.

On comprend dès lors qu'en général, dans les droits nationaux civilistes, le tiers soit qualifié de mandataire commun<sup>394</sup> et non d'arbitre<sup>395</sup>. Toutefois, nous soutenons aussi que, l'absence de prix dans l'entente n'a pas pour inévitable corollaire l'inexistence de la vente. Ce n'est pas parce que le prix n'est pas encore déterminé, que le rapport juridique (la vente) n'existe pas pour autant. Pour raisonner ainsi, il faut avoir en tête que la vente telle que nous l'appréhendons ici, est internationale. C'est dire qu'il faut se garder de l'enfermer dans un univers juridique, tel celui niant l'existence de la vente, tant que le prix n'aura pas été déterminé.

---

<sup>392</sup> Sport Maska Inc c. Zitter, *supra* note 207

<sup>393</sup> Voir les droits belge, français etc...

<sup>394</sup> Sport Maska Inc. c. Zitter, [1988] *supra* note 207. Voir également, B. Oppetit, «Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos de la jurisprudence récente», *supra* note 207, 315; R. David, «L'arbitrage en droit civil, techniques de régulation des contrats» *Mélanges Marty*, 1978, p. 383; C. Jarrosson, *supra* note 207, p. 165; A. Kassis, *supra* note 195, p. 128 et ss.

<sup>395</sup> Sport Maska Inc c. Zitter, *supra* note 207.



On doit alors admettre que même si le prix reste à déterminer, on peut concevoir que les parties soient, malgré tout, dans une véritable relation contractuelle. Il suffit pour cela d'établir leur intention en ce sens. Ce qui peut se déduire, par exemple, d'un début d'exécution. Et on doit accepter que, là où existe un lien contractuel, un litige *stricto sensu* peut voir le jour. En conséquence, un tiers qui intervient dans un tel contexte peut parfaitement revêtir la qualité d'arbitre. Ce portrait s'applique au tiers en charge de compléter l'entente en en déterminant le prix, et en fait, dans l'exercice de cette mission, un arbitre. C'est pour cela, que nous disons qu'il n'est pas inconcevable que le lien juridique puisse être tenu pour existant, même si le prix n'est pas encore fixé.

Par conséquent, le tiers auquel il est fait appel pour le déterminer doit pouvoir oeuvrer en qualité d'arbitre. Nous savons par exemple que, dans les pays anglo-saxons, l'arbitre (tout comme le juge) a le pouvoir de «comblé les lacunes»<sup>396</sup> du contrat. Encore qu'il semble que, là où il est admis, un tel pouvoir n'est pas valable s'il n'existe pas de clause en ce sens, et qu'il se limite au *quantum*<sup>397</sup>. Ainsi dans Foley v Classique Coaches<sup>398</sup> par exemple, un homme avait acheté un terrain sur lequel il voulait mener une activité commerciale.

---

<sup>396</sup> Bernini, G., «Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme» Rapport au Vè Congrès international de l'arbitrage, New Delhi 1975, (1975), *Rev. arb.*, 18 et ss.

<sup>397</sup> Russel, *On Arbitration*, *supra* note 344, p. 25.

<sup>398</sup> (1934) 2 K.B. 1.

La vente du terrain était conditionnée à l'engagement de la part de l'acheteur de se fournir auprès du vendeur pour tout le pétrole qui serait nécessaire au fonctionnement de son commerce «à un prix à convenir de temps en temps».

Le contrat contenait également une clause d'arbitrage destinée à régler tout «litige ou différend» (*disputes or difference*) en rapport avec l'interprétation du contrat ou son objet. Trois ans durant, la convention a reçu exécution. Ensuite, l'acheteur acheta son pétrole ailleurs en invoquant l'invalidité du contrat pour indétermination du prix. La Cour d'appel se prononça pour la validité de l'entente en affirmant que les contrats doivent être examinés cas par cas, et que, pour ce qui est de l'espèce en jugement, l'intention des parties d'être liées par leur contrat découlaient de ce qu'elles l'avaient exécuté pendant trois ans.

Mais les parties pouvant théoriquement fixer un prix déraisonnable, les juges ajouteront alors un deuxième axe à leur raisonnement en décidant de voir dans la clause d'arbitrage la volonté implicite des parties d'arriver à la fixation d'un prix raisonnable advenant des divergences entre elles. Et surtout, il a été jugé que la clause d'arbitrage autorisait l'arbitre à fixer le prix en l'absence d'accord des parties.

Les juges ont donc décidé de voir dans la clause d'arbitrage la volonté implicite des parties de parvenir à la détermination d'un prix raisonnable. C'est dire que dans l'esprit des juges, cela traduisait bien la volonté des parties d'être juridiquement liées.

Mais il y a plus. Durant trois années les parties se sont exécutées. Ce qui renforce l'idée que l'intention des parties d'être liées est indéniable. Et c'est de là que découle l'existence du lien juridique. Le lien juridique existant, il est normal qu'on puisse traiter les contestations qui y puisent leur source comme étant arbitrables.

#### **4 La véritable nature de la mission du tiers**

Nous venons de voir qu'une qualification arbitrale de la mission confiée au tiers de déterminer le prix en vue de compléter le contrat, est concevable. Mais dans un tel cas où il faut tenir le lien juridique pour existant, l'éclosion d'un litige ne signifie pas pour autant qu'il faille systématiquement voir le tiers comme un arbitre. Si les parties font appel à lui relativement à ce litige, elles peuvent très bien lui donner une toute autre mission que celle d'un arbitre.

Elles peuvent tout simplement attendre de lui qu'il leur donne un avis juridique sur la question, ne lui reconnaissant ainsi que le pouvoir de rendre une expertise irrévocable du type *bindend advies*, *arbitrato irrituale* etc... C'est dire qu'elles pourraient chercher la solution à un tel litige dans un cadre intégralement contractuel. La mission du tiers peut donc aussi bien basculer dans le domaine de l'arbitrage juridictionnel, que dans la sphère de catégories spéciales comme celles que Kassis regroupe sous l'appellation d'arbitrage contractuel.

S'il est vrai que l'arbitrage juridictionnel ne saurait se concevoir sans litige, il est aussi vrai que dans l'arbitrage contractuel (*bindend advies, arbitrato irrituale, l'expertise irrévocable, le schiedsgutachten, certification valuation*), le litige peut être le point sur lequel le tiers est appelé à intervenir. Et aussi bien dans ces catégories spéciales que dans l'arbitrage juridictionnel, les conclusions du tiers sont obligatoires. Toutefois, la mission du tiers peut parfaitement prendre place en dehors de tout litige. C'est le cas s'il est invité à déterminer le prix d'un contrat strictement en formation et en dehors de tout conflit. C'est pourquoi, il nous apparaît que la qualification qui sied à la mission du tiers déterminateur est celle d'expertise irrévocable. Dans la mesure où la mission du tiers vise à compléter l'entente en dehors de tout litige, il s'agirait d'une expertise irrévocable pour la création d'un contrat.

À l'inverse, si la détermination du prix intervient dans un contexte de litige, il serait alors question d'une expertise irrévocable pour le règlement d'un litige à moins que les parties aient voulu confier une mission juridictionnelle au tiers.

Auquel cas, c'est la qualification d'arbitre qu'il faut retenir. En guise de boussole, il faudra alors scruter la nature de la mission confiée au tiers. Ce qui peut s'inférer de la manière dont elle est conduite. Dans ces différents cas, le tiers mènerait sa mission avec indépendance totale par rapport aux parties dont il n'est du reste pas le représentant. Caractéristique qui est compatible avec la qualification d'expertise irrévocable ou d'arbitre selon les cas, mais incompatible avec celle de mandat et qui justifie qu'elle soit écartée.

Il apparaît donc qu'au total, la qualification susceptible de s'appliquer au tiers déterminateur du prix, s'étend du domaine juridictionnel (le tiers pouvant agir en qualité d'arbitre), au domaine contractuel (le tiers pouvant exercer sa mission en qualité d'expert dont le pouvoir et les conclusions ont uniquement valeur contractuelle). Pour aboutir à la qualification du tiers, il faut soigneusement scruter la nature de la mission confiée au tiers, ainsi que la manière dont elle est conduite. C'est de là qu'il est possible d'inférer la réelle intention des parties, les termes utilisés dans leurs stipulations ne correspondant pas nécessairement à leur réelle intention. Il faut bien voir que le fait que le tiers soit chargé par les parties de déterminer le prix destiné à compléter l'entente, ne suffit pas à indiquer la qualification précise du tiers en question. Ce n'est qu'un indice parmi d'autres à considérer. Il faut entre autres vérifier s'il y a eu un début d'exécution, si les conclusions du tiers lient les parties, de quelle manière ce dernier conduit-il sa mission (comme une autorité juridictionnelle ou pas ?) etc...C'est donc un faisceau d'indices qu'il faut explorer. En ce domaine comme en d'autres, il faut se garder des "*a priori*" et privilégier le "cas par cas".

### **Section III L'exercice de la mission.**

Il s'agit dans cette partie, de camper le mécanisme qui mène à la détermination du droit applicable, de préciser les obligations du tiers, et de vérifier comment il accomplira techniquement sa mission. Auparavant, déterminons la loi qui va régir cette mission.

#### **I Le droit applicable.**

Il s'agit du droit à appliquer au tiers en tant qu'expert ayant pour mission de réaliser une expertise irrévocable, mécanisme totalement contractuel. Mais il est également question de déterminer le droit applicable au tiers oeuvrant en qualité d'arbitre. Comme nous l'avons démontré précédemment, le tiers oeuvrant en qualité d'expert dont la mission est de réaliser une expertise irrévocable est un contractuel dont les conclusions ont une valeur strictement contractuelle. En clair, il n'est pas une autorité juridictionnelle. Rechercher le droit applicable à sa mission, c'est chercher à établir le droit applicable à un contrat. En droit français, c'est la localisation objective qui prévaut en matière contractuelle. L'idée est qu'un contrat ne se localise pas naturellement, mais constitue essentiellement un événement intangible immatériel qui, en soi, n'occupe pas une place propre dans l'espace. Ce sont plutôt les éléments par lesquels le contrat se manifeste (échanges de consentements, rédactions d'écrits, actes d'exécutions...) qui en assurent la localisation. Il faut donc rechercher dans chaque cas comment se localise le contrat suivant ses caractères propres.

Et c'est de cette localisation que découlera la loi applicable<sup>399</sup>. Lorsque le contrat ne contient aucune référence explicite ou implicite à la loi applicable, les tribunaux doivent suppléer au défaut de volonté exprimée. Ils ont alors recours à des présomptions pour déterminer, en tenant compte des circonstances résultant de la formation, de sa teneur et de ses effets, quelle est parmi toutes les lois en relation avec ces éléments, celle qui leur paraît convenir le mieux comme loi unique<sup>400</sup>. À cet effet, entreront dans l'évaluation, la loi du lieu de conclusion et la loi du lieu d'exécution. De ces deux localisations, c'est le lieu d'exécution qui en France, est la plus décisive<sup>401</sup>. C'est ce rattachement qui déterminera le plus souvent, la mission du tiers chargé de réaliser l'expertise irrévocable.

En droit québécois, en l'absence de désignation de la loi applicable par les parties, le C.c.Q. retient le principe de la proximité (article 3112)<sup>402</sup>, et la technique dite de la «prestation caractéristique» (article 3113)<sup>403</sup>, le facteur de rattachement étant le domicile de celui qui fournit la prestation caractéristique du contrat. Au total, en terme de droit qui lui serait applicable en cas de silence des parties, la mission du tiers doit selon nous être régie comme le sont les contrats en général.

---

<sup>399</sup> Battifol et Lagarde, Droit International Privé, *supra* note 247, p. 265; Mayer, Droit International Privé, *supra* note 247, p. 456 et s.

<sup>400</sup> Y Loussouarn et P. Bourrel, *supra* note 248, p. 482.

<sup>401</sup> Cass. civ., 5 décembre 1910, S. 1911. I. 129, note Lyon-Caen, (1911) R. C. D. I. P., p. 395; 24 avril 1952, S. I. 185, (1952) R. C. D. I. P., p. 502, note Motulsky.

<sup>402</sup> L'article 3112 dispose: « En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'Etat qui compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte».

<sup>403</sup> L'article 3113 dispose: « Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement».

Ce qui dépendra des règles de rattachement appliquées par le juge auquel la question viendrait à être soumise (lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, *proper law*, prestation caractéristique, etc). Par ailleurs, nous avons vu que le tiers chargé de déterminer le prix en vue de compléter l'entente, peut le faire en qualité d'arbitre (autorité juridictionnelle). Dans cette perspective, la question d'établir le droit applicable à sa mission reçoit des réponses qui se démarquent de celles que nous venons de considérer. Ainsi, soit les parties ont déterminé le droit applicable à la procédure et au fond, et l'arbitre en fera application, s'y appuiera pour accomplir sa mission, soit les parties sont restées silencieuses sur la détermination de ce droit. En ce cas, pour ce qui est de la procédure, c'est d'une manière générale à l'arbitre qu'il revient de la conduire comme il juge approprié de le faire. Pour ce qui est du fond, l'arbitre appliquera le droit qu'il aura jugé approprié. Ce peut alors être l'application «directe» d'un droit matériel, ce qui peut se résumer à la *lex mercatoria*. Il peut aussi passer par la règle de conflit de son choix pour désigner le droit applicable en question<sup>404</sup>.

## **II L'obligation du tiers: son exécution.**

Il s'agit ici d'étudier comment le tiers procède techniquement à l'accomplissement de sa mission de détermineur du prix. Mais auparavant, précisons les contours de ses obligations.

---

<sup>404</sup> Nous avons traité de façon approfondie la question du droit applicable à la mission du tiers agissant en qualité d'arbitre, dans la partie II. Voir la Section IV, « De la détermination du droit applicable ».



## 1 L'obligation du tiers.

Le tiers désigné pour déterminer le prix, doit le faire avec précision et équité. En principe, il appartient aux parties de déterminer les éléments de leur vente, notamment le prix. Cependant comme nous l'avons démontré plus haut, il leur est permis de confier la détermination du prix de leur vente à un tiers. La désignation du tiers et la mission qui lui est confié constituent l'élément de déterminabilité du prix<sup>405</sup>. Mais la vente projetée ne sera parfaite, que si le prix, qui est un élément essentiel du contrat de vente, est effectivement fixé par le tiers. Autrement dit, il faudra bien qu'à un moment ou à un autre l'acheteur paie un prix en contrepartie des marchandises qui lui sont livrées. Le tiers chargé de fixer ce prix doit le faire avec précision. Les parties étant liées par ses conclusions, il faut à tout le moins que le tiers ne les laisse pas dans l'incertitude. Ainsi un tiers qui se contente de fixer un minimum et un maximum<sup>406</sup>, c'est-à-dire un prix plancher et un prix plafond, entre lesquels les parties n'arriveraient pas à se mettre d'accord, n'aura pas fixé un prix déterminé<sup>407</sup>. Dans ces conditions, la vente ne saurait être considérée comme conclue (du moins en droit belge, français ou québécois par exemple), et ce, à cause de l'absence d'un élément essentiel, le prix. Le tiers aura failli à sa mission. Il n'est toutefois pas tenu de fixer un prix en termes de chiffres.

---

<sup>405</sup> Henri, De Page, t. IV, supra note 19 p. 73 et 75.

<sup>406</sup> Prosser, W.L. (1932) 7, supra note 87, p. 774-781.

<sup>407</sup> Cas. com. 29 mai 1972: Bull.civ. IV, no. 167; D.S. 1973, 255, note J. Gueyénot; Rev. trim. dr. civ. 1972, 791, observ. G. Cornu.

Il peut parfaitement se contenter de rendre le prix déterminable quand viendra le moment de s'en acquitter. Ainsi, il pourra le faire dépendre d'indices boursier régulièrement publié. Par ailleurs, le tiers doit, à notre avis, agir avec équité. Il semble qu'en droit français et belge, la détermination faite par le tiers n'est sujette à réclamation qu'en cas d'erreur de violence ou de dol. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation<sup>408</sup> qui a suscité d'un de ses commentateurs, Gaury, l'affirmation suivante:

«Il (le juge) ne saurait [...] lorsque l'évaluation a été faite par le tiers, connaître d'une réclamation des parties sur ce point, la vente étant en principe définitive ( Cass. com. 6 juin 1950: Bull. civ. II, no. 205, p.141-12 novembre 1962: Bull. civ. II, no. 444, p.367; D. 1963, som. 63) sauf dans le cas d'erreur de violence ou de dol ( Cass. com. 3 novembre 1952: Bull. civ. III, no. 333, p. 257)»<sup>409</sup>.

Cela semble être le cas en droit belge également<sup>410</sup>. Le développement des affaires nous paraît devoir reposer non seulement sur la flexibilité de la relation juridique, mais également sur l'équilibre de cette relation. Ce qui signifie qu'il n'y a pas de raison que le tiers désigné par les parties pour déterminer le prix puisse le faire impunément au détriment de l'une d'elles. Certes les parties auraient pu, si elles avaient elles-mêmes procédé à la détermination, fixer un prix disproportionné.

---

<sup>408</sup> 24 novembre 1965, J.C.P. 1966, 14602.

<sup>409</sup> Ibid.

<sup>410</sup> Gand, 5 septembre 1902, Pas., 1903, II, 42. *Contra*: Laurent, t.XXIV no.78. Voir aussi dans le sens indiqué au texte, Planiol et Ripert, t. X, no.38. également, Cass.com. 20 Janv. 1970: Bull. IV, no. 27.

Cela relèverait alors de l'autonomie de leur volonté et serait juridiquement inattaquable, à moins que les circonstances de cette détermination aient contrevenu aux principes de bonne foi, d'équité, d'ordre public et de bonne moeurs, etc. En confiant cependant cette mission à un tiers, elles n'ont certainement pas voulu qu'il impose à l'une d'elles un prix disproportionné. Bien au contraire, cette attitude de la part des parties nous indique qu'elles ont voulu parvenir à un prix équitable<sup>411</sup> ou à tout le moins raisonnable<sup>412</sup>. Même s'il n'y a pas de texte spécifique réglementant la question en droit québécois, il ne fait pas de doute que, si les parties confient à un tiers la détermination du prix, cette volonté sera respectée, à moins qu'il soit établi que les règles de consentement n'ont pas été respectées. Le tiers devra agir bonne foi<sup>413</sup> car comme nous l'expliquions plus haut, la mission confiée au tiers ne lui permet pas selon nous d'imposer un prix inique à l'une des parties.

---

<sup>411</sup> Cette exigence est par exemple retenue pour tous les contrats en général par les articles 1349 al. 1 du Code civil italien : «Si la détermination de la prestation formant l'objet du contrat est déferée à un tiers et s'il n'appert que les parties ont voulu s'en remettre à son seul arbitre, ce tiers doit procéder avec une appréciation équitable. Si la détermination du tiers fait défaut ou si elle est ou si elle est manifestement inique ou erronée, la détermination est faite par le juge»; 315 al. 1 du Code civil allemand: « Lorsque'une prestation doit être déterminée par l'une des parties contractantes, il y a lieu d'admettre, dans le doute que cette détermination doit être faite d'après une appréciation équitable». Quant à l'article 5 de la loi danoise de 1905 sur la vente, il dispose: « Si une vente est conclue sans que le montant du prix de la vente ne soit déterminé, l'acheteur est tenu de payer ce qu'exige le vendeur pour autant que le prix demandé ne puisse être considéré comme excessif». Nous avons emprunté ces traductions à Denis Tallon, supra note 195, respectivement aux pages 121, 124, et 131.

<sup>412</sup> Voir dans ce sens, l'article 2-305 (3) U.C.C. (Etats-Unis): «Lorsque le prix doit être fixé d'une autre manière que par l'accord des parties et qu'il ne l'est pas par la faute de l'une d'elles, l'autre partie peut soit considérer le contrat comme résilié pour inexécution, soit fixer elle-même un prix raisonnable»; l'article 8 (2) Sale of Goods Act de 1979 (du Royaume-Uni): «Quant le prix n'est pas déterminé comme prévu dans la sous-section (1) ci-dessus, [celle-ci prévoit entre autres, le cas où le prix est fixé autrement que par les parties] l'acheteur doit payer un prix raisonnable». Nous avons emprunté ces traductions à Denis Tallon, supra note 195, p.125.

<sup>413</sup> Voir l'article 1134 al. 3 du Code civil français.

L'obligation du tiers étant de déterminer le prix d'une vente internationale de marchandises, analysons à présent, comment, techniquement, il peut procéder.

## **2 Les techniques utilisables.**

Le tiers peut fixer un prix de vente précis, renouvelable, si le contrat est à exécution successive. Dans un tel cas, il n'y aura aucune difficulté particulière. À l'inverse, il peut faire dépendre le prix d'un certain nombre d'éléments de référence, de sorte qu'au moment opportun, le prix puisse être connu et les obligations respectives exécutées. Dans ce deuxième cas, le tiers doit avoir constamment à l'esprit d'éviter de faire dépendre la quantification du prix de l'arbitraire d'une des parties. Si la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>414</sup> ne semble retenir que la solution du standard objectif<sup>415</sup>, certains droits acceptent la référence à des éléments subjectifs (la référence au prix-catalogue par exemple en Belgique). La Convention de Vienne étant un texte que les parties peuvent écarter, la méthode de la règle de conflit sera souvent utilisée pour déterminer la loi applicable à l'accomplissement de sa mission de déterminer le prix comme nous l'avons vu plus haut. Cette méthode peut *a priori* déboucher sur l'application de n'importe quel droit interne. D'une manière générale ces droits s'organisent autour de deux tendances. Celle qui exige la référence à un standard objectif, et celle qui ne rejette pas *a priori* la référence à des éléments subjectifs. Mais nous verrons que, quelle que soit leur tendance, les droits internes n'admettent pas que le prix soit laissé à l'arbitraire d'une des parties.

---

<sup>414</sup> supra note 6.

<sup>415</sup> Ibid., article 55.

## 2.1 La référence à un standard objectif.

La Cour de cassation française a construit en ce domaine une jurisprudence que nous proposons de transposer et d'appliquer aux décisions du tiers. C'est que cette jurisprudence porte normalement sur des clauses contractuelles. La référence à un standard objectif vise à faire en sorte que le prix ne soit absolument pas influencé par une des parties. Cet objectif est pleinement réconfortant du point de vue de la justice contractuelle. C'est pour cette raison qu'il faut admettre, comme étant juridiquement valable, la détermination du prix par référence à des éléments «sérieux, précis et objectifs»<sup>416</sup>. Ainsi, statuant en matière de contrat de bière<sup>417</sup>, la Cour de Cassation française a rejeté la référence aux prix habituellement pratiqué sur la place<sup>418</sup>. Ce qui ne doit pas être interprété comme un rejet de la référence à un standard objectif tel le prix du marché. La Cour de cassation reproche simplement à la clause litigieuse de ne pas garantir suffisamment, que le prix serait indépendant de la seule volonté du fournisseur. En effet, dans cette affaire, elle a décidé que:

«a violé l'article 1129 [Code civil français] l'arrêt qui refuse d'annuler un contrat de fourniture exclusive de bière en considérant que les prix des fournitures en cause étaient déterminables suivant les seules énonciations du contrat, alors que la clause litigieuse, faisant référence au prix habituellement pratiqué sur la place où est exploité

---

<sup>416</sup> Cass. civ. I, 5 juillet 1955, B.I., no. 282, p. 237; Cass. civ. I, 20 juin 1956, B.I., no 254, p. 204; Cass. civ. 26 mars 1969, B. III, no 265, p. 203; Cass. Com. 11 déc. 1978, J.C.P. 79.IV.64; Paris, 2 mars 1986, J.C.P. 86.II.20622. Sur les variations des formules, voir par exemple Cass. civ. III, 5 Janv. 1972 B. III, no.4, p. 3.

<sup>417</sup> F. Goré, «La détermination dans les marché dits "marché de bière" (1976) Gaz Pal (doct) P. 84; A. Sayag, Le contra-cadre, infra note 507.

<sup>418</sup> Cass. com. 22 juillet 1986; Gaz. Pal, 27 décembre 1986, p. 288.

le fonds pour les marchandises de même qualité fournies aux clients de même catégorie ne comportait aucun élément de référence précis et objectif rendant le prix indépendant de la seule volonté du fournisseur (notre souligné)».

C'est ce même état d'esprit qui a conduit la Cour de Cassation à rejeter la référence aux «tendances du marché». A donc selon elle:

«[...] légalement justifié sa décision déclarant nulle une Convention d'exclusivité d'approvisionnement auprès du fournisseur, en vertu de laquelle les prix devaient être fixés d'un commun accord entre les parties en se référant aux tendances du marché, la Cour d'Appel qui a fait ressortir que cette référence n'était ni sérieuse, ni précise ni objective et ne rendait pas déterminable le prix des fournitures en cause»<sup>419</sup>.

Dans cette affaire, c'est moins la référence au marché que son caractère sérieux, précis et objectif qui pose problème. La Cour d'appel ayant montré que cette référence aux «tendances du marché» n'était ni sérieuse, ni précise ni objective, la Cour de cassation lui a donné raison. C'est dire que le prix du marché est considéré comme une référence objective par excellence, encore que celle-ci doit être sérieuse et précise. La vente peut porter sur des marchandises dont le prix-plancher ou le prix-plafond est fixé par l'autorité publique. Il s'agit d'un standard objectif par excellence. Le tiers chargé de déterminer le prix peut donc se contenter de référer au prix tel qu'il est fixé par l'autorité publique<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> C. Cass. 3 juin 1986: Gaz. Pal. 27 décembre 1986, p. 288.

<sup>420</sup> En principe les parties n'auront pas besoin de confier la détermination du prix à un tiers, s'il est fixé par l'autorité publique. Elles peuvent cependant l'ignorer.

Il doit cependant prévoir un mécanisme pour pallier le cas où la tarification cesserait d'exister comme ce fut le cas en France pour les contrats de pompiste de marque<sup>421</sup>. Toutefois, dans le commerce international, le standard objectif le plus courant est celui dit du "prix du marché". Il est celui retenu par l'article 55 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>422</sup>. Il ne fait aucun doute que cette disposition vise la référence à des éléments objectifs pour la détermination du prix. Il s'agit plus précisément de la référence au prix du marché. Ainsi selon Eorsi<sup>423</sup>:

«The price generally charged» does not mean the price generally charged by the party who happens to be the seller in a particular contract of sale. The phrase is but an introduction. The price will be determined by objective criteria such as time, circumstances and of trade concerned»

Il faut faire remarquer que le prix dont il est question dans cette disposition n'est pas celui «habituellement pratiqué par le vendeur» tel que le prévoyait l'article 51 du projet de la C.N.U.D.C.I.<sup>424</sup> qui a causé l'opposition des pays en développement, et qui a été remplacé par celui «habituellement pratiqué». C'est ce que constate également Leif Sevon en affirmant:

«The provision does not refer to the prices charged by the seller. It was felt important to eliminate the possibility of

---

<sup>421</sup> Voir J. M. Mousseron, Technique contractuelle, Paris, Editions Juridiques Lefebvre, 1988, no. 485, p. 208; Christian Bourgeon, « Les arrêts de l'Assemblée plénière relatif au prix, un an après: les apports économiques» dans La détermination du prix: nouveaux enjeux, supra note 62, p. 7 et s.

<sup>422</sup> Voir supra note 6.

<sup>423</sup> supra note 109, p. 407.

<sup>424</sup> UN-Doc. A/Conf. 97/C 1/L. 232; voir aussi Eorsi supra note 109.

the seller charging excessive price. The rule adopted achieves this result»<sup>425</sup>.

Il s'agit donc de la référence à un prix déterminable à partir d'éléments objectifs, c'est-à-dire indépendant de l'arbitraire des parties. Selon nous l'article 55 de la Convention de Vienne a visé le prix tel que résultant du marché. Mais que faut-il entendre par prix du marché? L'analyse de Francesco Adami<sup>426</sup> est à ce sujet très appréciable. Cet auteur s'est en effet posé cette question, et, pour y répondre, il est parti des expériences et des tentatives qui ont été celles de la communauté internationale en ce domaine. Il a rappelé que, dans le domaine douanier, la communauté internationale a très tôt senti la nécessité d'arrêter des règles uniformes pour la détermination de la valeur en douane des marchandises. Ainsi l'article VII du G.A.T.T. (General Agreement on Tariffs and Trade) qualifie le tarif douanier à partir de la valeur réelle (*actual value*) comme prix exigé pour une marchandise similaire dans le commerce normal de marchandises, sous les conditions de libre concurrence en des temps et au lieu déterminés par la législation du pays d'importation. L'auteur souligne que ces critères ont été mi précisés, mi modifiés par le Agreement on Implementation of Article VII of the G.A.T.T.<sup>427</sup>. L'auteur poursuit en soulignant qu'au niveau de la fiscalité internationale, l'O.C.D.E. est l'organisation qui s'est le plus intéressée à la détermination du prix du marché.

---

<sup>425</sup> Leif Sevon "Obligations of Buyer" dans *International Sale of Goods* (Paul Volken & Petar Sarcevic), Dubrovnik Lecture, Oceana Publications, New York, Londres, Rome, 1986, p. 218.

<sup>426</sup> Francesco Adami, *supra* note 109.

<sup>427</sup> Il s'agit du «Custom Valuation Code» adopté en 1979 par la 7<sup>e</sup> Conférence du G.A.T.T. («Tokyo Round»).



Il fait remarquer que cette organisation a pris comme critère, pour la détermination du prix normal dans le commerce international entre entreprises associées, le prix de pleine concurrence ou *dealing at arm's length price*. Dans l'esprit de l'auteur, cela signifie que si l'administration fiscale interne veut contrôler le revenu des entreprises associées pour ce qui est des transactions passées entre elles, c'est au prix qui aurait été fixé *between independent enterprises*<sup>428</sup> qu'elle doit se référer et non pas au prix fixé dans les contrats respectifs. Pour déterminer le montant des impôts, il faut donc prendre pour base le prix qui aurait été convenu entre des entreprises indépendantes «pour des transactions identiques ou similaires sur le marché libre»<sup>429</sup>. À défaut de transaction comparable, il faut recourir à une fiction, le prix qu'auraient adopté deux agents économiques dans des circonstances analogues. Le modèle de l'O.C.D.E. permettrait donc d'éviter l'*intercompany pricing*<sup>430</sup>. Suivant cette pratique, les sociétés apparentées augmentent ou diminuent artificiellement leurs gains ou leurs dépenses, de sorte à transférer leurs gains à leurs entreprises situées dans des pays à faible fiscalité. Le prix ainsi fixé sort de la pratique commerciale courante. L'auteur en déduit que de l'*intercompany pricing* et du modèle de l'O.C.D.E., le second paraît plus proche de l'article 55 de la Convention de Vienne. Ce modèle fait que le prix est déterminé à l'abri de l'influence des monopoles et des cartels.

---

<sup>428</sup> Voir l'article 9 alinéa 2 du Modèle de Convention de l'O.C.D.E.

<sup>429</sup> Voir la préface du rapport du comité des affaires fiscales de l'O.C.D.E., «Prix de transfert et entreprises multinationales», Paris, 1979.

<sup>430</sup> Voir sur cette question, Verlage, *Transfer Pricing for Multinational Enterprises*, Farnborough, 1980; Roger Y. W. Tang, *Transfer Pricing in 1990s*, Quorum Books, Westport, Connecticut, Londres.

L'auteur a également étudié les méthodes utilisées par le «U.S.-Treasury Department» dans les années 1960<sup>431</sup>. De celles-ci<sup>432</sup>, il a retenu la méthode du *comparable uncontrolled price* (méthode du prix comparable sur le marché libre) comme étant la seule qui s'accorde avec l'article 55 de la Convention de Vienne.

Il fait remarquer que la méthode du prix comparable dans le marché libre se ramène au fond, au principe du prix selon la libre concurrence qui lui même consiste dans le "prix déterminé pour une marchandise identique ou similaire dans des conditions analogues, entre des parties indépendantes", formule à laquelle il faut ajouter l'idée de prix généralement pratiqué «[...] dans la branche commerciale considérée [...]» que contient en plus l'article 55 de la Convention de Vienne.

Il précise qu'il faudra à chaque fois trouver un contrat-type de vente pour pouvoir le comparer à un contrat de vente dans lequel le prix est à déterminer. Puis il explique que la similarité entre les marchandises («[...] pour les mêmes marchandises [...]» selon l'article 55 de la Convention de Vienne) ne se ramène pas seulement à l'identité matérielle des marchandises, il faut en outre considérer l'aspect extérieur, si celui-ci peut provoquer des différences de prix.

---

<sup>431</sup> Voir La «Treasury Regulation 1. -482-2(e) du 1968 sur la Sec. 482 du «Internal Revenue Code».

<sup>432</sup> Les méthodes sont: i) «Comparable uncontrolled price method»; ii) « resale price method»; iii) « cost plus method»; «any other appropriated method».

Quant aux circonstances comparables («... vendues dans des circonstances comparables...» dit l'article 55 de la Convention de Vienne), elles ont trait aux «conditions externes générales» qui sont des circonstances de libre concurrence dues au marché où la transaction a lieu. Elles ont également trait à des conditions externes particulières (les conditions de livraison [ CAF, FOB, FAS...], le bail, les frais professionnels, les coûts de marketing, la garantie d'avarie, le cours du change, les conditions générales de vente, la remise accordée aux commerçants, délais de paiement, condition de livraison).

Par branche commerciale considérée, il faut, toujours selon l'auteur, entendre non seulement la branche commerciale en cause, mais aussi le niveau de commercialisation relatif. Ainsi on ne peut pas comparer la vente d'une marchandise dans le commerce de gros avec une autre réalisée dans les mêmes circonstances, mais dans le commerce de détail. À moins de calculer et faire disparaître la marge commerciale du commerce en détail<sup>433</sup>. Enfin il rappelle que le prix du marché tel que visé par l'article 55 de la Convention de Vienne est celui du moment de la conclusion du contrat, ce qui laisse peu de chance au vendeur d'agir unilatéralement sur le prix au détriment de l'acheteur. Si la Convention de Vienne sur la Vente internationale de marchandises a opté pour la référence à un standard objectif comme "le prix du marché", les droits nationaux également. Nous nous arrêterons sur quelques uns.

---

<sup>433</sup> Voir l'article 50 du Rapport de l'O.C.D.E.

### 2.1.1 Le droit français.

Depuis longtemps déjà, la jurisprudence française<sup>434</sup> admet la référence à un standard objectif pour la détermination du prix de vente. Encore que comme a jugé la Cour de cassation:

«le seul fait de l'existence d'une concurrence même vive ne suffit pas pour caractériser un prix objectivement déterminable, en l'absence d'un cours proprement dit constaté par un organisme étranger aux parties»<sup>435</sup>.

Pour les mêmes raisons, elle n'admet pas davantage la référence «en moyenne et au maximum» aux prix pratiqués «par l'ensemble du négoce sérieux dans l'arrondissement»<sup>436</sup>, la référence «aux prix habituellement pratiqués pour des marchandises de même qualité sur la place» où est exploité le fonds<sup>437</sup>, au «cours en vigueur lors de chaque livraison»<sup>438</sup>. C'est que dans tous ces cas, la Cour estime ne pas avoir l'assurance que ces références sont de nature à déboucher sur un prix indépendant de la seule volonté d'une des parties.

---

<sup>434</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence française sur la question, voir Jacques Ghestin & Marc Billiau, Le prix dans les contrats de longue durée, Paris L.G.D.J., collection droit des affaires, 1990, p. 52-54; La détermination du prix: nouveaux enjeux, *supra* note 62.

<sup>435</sup> R. Houin, note D. 1979, p.138. *Contra* Nancy, 13 juin 1979, J.C.P., 1981, II, 19585, note B. Gross; T.G.I. strasbourg, 11 juin 1980, D. 1983, p.408, note C. Lienhard.

<sup>436</sup> Cass. civ. 3è, 18 mai 1978, Gaz. Pal., 1978, 2, Panorama.

<sup>437</sup> Cass. com. 11 octobre 1978, 3 arrêts, D. 1979, p. 135, note R. Houin; J.C.P., 1979, II, 19034, note Loussouarn.

<sup>438</sup> Cass. com. 21 mars 1983, Bull. civ., IV, no.110, p. 92.

L'analyse de la jurisprudence française montre que la Cour de Cassation n'admet comme totalement efficiente que la référence aux prix pratiqués par des concurrents du fournisseur qui puissent être identifiés et déterminés. De la sorte, elle n'a aucune objection relativement au prix à déterminer suivant les tarifs des trois plus importantes sociétés concurrentes du vendeur<sup>439</sup>. Encore plus exigeante s'est montrée la Cour de Cassation, lorsque malgré la précision contractuelle selon laquelle, devait s'entendre par les «sociétés les plus importantes», celles qui possédaient le capital social le plus élevé, elle a jugé comme étant constitutif d'une sérieuse incertitude, le point de savoir, s'il fallait ou non prendre en considération uniquement les sociétés vendant seulement des lubrifiants<sup>440</sup>. La Cour de Cassation française est peut-être trop exigeante, notamment dans cette dernière affaire. Il reste que cela nous paraît tout à fait normal. Il appartient aux autorités régulatrices de la vie des affaires, le législateur, mais aussi le juge vérificateur de l'application du droit, de s'assurer que les affaires puissent se faire dans le respect des droits de toutes les parties. Dans cette perspective, il est inadmissible que soit imposée à une des parties la volonté de l'autre. Or c'est ce à quoi conduirait l'acceptation d'un prix qui, en réalité, est dicté par le vendeur. Quoiqu'il en soit, il faudrait que cette référence soit sérieuse, précise et objective (autant de critères contrôlables en justice), sous peine de voir la Cour de cassation rejeter la référence. Le droit français n'est pas le seul à admettre la référence au standard objectif pour déterminer le prix.

---

<sup>439</sup> Cass. com., 21 juin 1977, 2 arrêts, Bull. civ., IV, no. 178 et no 179, p. 153; 30 janvier 1978, 2 arrêts, Bull. civ., IV, no 37 et no 38, p. 29; voir aussi G. Comu, obs. Rev. trim. dr. civ., 1980, p. 365.

<sup>440</sup> Gaz. Pal. 1981, 1, Panorama, p. 167. Il est important en effet que les entreprises en question se retrouvent dans la même branche commerciale.

Sa particularité est qu'il rejette l'idée que le prix soit unilatéralement fixé par une des parties, contrairement au droit américain, anglais, italien, allemand, danois etc... Nous y reviendrons plus loin.

### **2.1.2 Le prix du marché: référence admise dans les autres droits internes: quelques exemples.**

En droit italien, si la vente ou le contrat de fourniture a pour objet des choses que vend habituellement le vendeur et que les parties n'ont pas déterminé le prix, l'article 1474 al.1 du Code civil dispose que:

«s'il s'agit de choses ayant un prix de bourse ou de marché, le prix en est relevé dans les notes ou les mercuriales du lieu où doit être exécuté la livraison, ou dans celles de la place la plus voisine»<sup>441</sup>

Denis Tallon rapporte que la jurisprudence italienne admet même que puisse être fait référence au prix du marché malgré l'absence de cours ou de mercuriale. Il suffit que le volume de transactions soit suffisant, continu et porte sur des choses de genre largement produites, afin que l'on puisse en déduire le prix moyen du marché<sup>442</sup>. Lorsqu'existent des cours de bourse ou de marché, le marché du jour retenu pour le contrat considéré, ainsi que les biens de même nature que ceux faisant l'objet de ce contrat peuvent avoir subi une forte variation (à la hausse ou à la baisse), appelée à disparaître peu après, et sans relation avec l'état précédent du marché (on parle de cours aberrants).

---

<sup>441</sup> Nous avons emprunté cette traduction à D. Tallon, supra note 195, p. 122.

<sup>442</sup> Supra note 195, p. 52.

Dans un tel cas, on doit se référer au prix courant du jour le plus proche où le marché a été normal<sup>443</sup>. La même solution doit être retenue lorsque le volume de transaction est assez insuffisant pour exprimer un véritable cours<sup>444</sup>. En droit allemand, il est également admis que les parties réfèrent au prix du marché pour fixer le leur. Cela se dégage nettement de l'article 453 du Code civil (BGB):

«lorsque le cours du marché a été choisi comme prix de vente, il faut, dans le doute, considérer comme prix convenu le cours du marché du lieu et de la date d'exécution»<sup>445</sup>.

Tout comme en droit américain, le droit anglais admet que la «la cotation officielle d'un marché déterminé» puisse servir de référence pour la fixation du prix<sup>446</sup>, étant entendu que le marché doit être considéré analysé, par rapport à toutes les circonstances pertinentes<sup>447</sup>.

---

<sup>443</sup> Supra note 195, p. 53. Il cite, Rubino, p. 208; Greco et Cottino, p. 90; Bianca, p. 479; Cass. 26 juin 1954, no. 2220, in R.F.I., 1954, rubrique «Vendita», C. 2762, no.84.

<sup>444</sup> Ibid. Dans ce dernier cas, l'auteur cite Rubino, p. 209; Greco et Cottino, p. 90.

<sup>445</sup> Nous avons emprunté cette traduction de Denis Tallon, supra note 195, p. 53.

<sup>446</sup> Keystone Steel & Wire Co. v. Pierce Oil Co., 17 F 2d, 476.

<sup>447</sup> Charrington & Co.Ltd. v. Wooder, (1914), A.C. 71. Il s'agissait dans cette affaire d'un contrat de bière liant une brasserie et un débitant tenu d'une obligation d'approvisionnement exclusif. Ce contrat prévoyait un «fair market price» pour la marchandise à livrer par la brasserie. Il reste que le prix découlant des relations entre la brasserie et ses débitants contractuellement tenus, était sensiblement plus élevé que celui pratiqué entre la brasserie et ses débitants non liés. Le débitant soutenait que le «fair market price» ne pouvait être que celui pratiqué entre la brasserie et ses débitants non liés. Le juge quant à lui et dans le plus grand respect des circonstances de l'espèce, a estimé que le terme «marché» a plusieurs significations possibles, mais qu'en l'espèce, la seule signification que les parties pouvaient avoir eu en vue, est celle du marché entre la brasserie et ses débitants liés. Voir également Brown v. Gould, (1972), Ch. 53.

Il faut aussi signaler l'article 2. 305-1, c) du U.C.C. qui prévoit le maintien du contrat quant le prix doit être fixé en référence à un marché déterminé et que finalement la référence n'est pas fournie, ou n'est pas publiée. Ce texte retient dans ce cas que la vente est conclue à un prix raisonnable<sup>448</sup>. À l'image des droits précédents, le droit danois admet également la référence au marché<sup>449</sup>. La nouvelle loi norvégienne sur la vente est à inscrire dans la même mouvance<sup>450</sup>.

Le marché s'il est sérieux est un standard objectif auquel on peut référer pour déterminer le prix. Et c'est une référence admise en droit québécois<sup>451</sup>. De plus, l'article 55 s'appliquant au Québec, la référence au prix du marché y trouve une autre base légale comme dans tous les pays membres de la Convention de Vienne.

---

<sup>448</sup> Article 2.305-1 c): «Les parties peuvent, si tel est leur désir, conclure un contrat de vente sans déterminer le prix. Dans ce cas, le prix sera raisonnable au moment de la délivrance:[...]; si le prix doit être fixé par référence à un marché déterminé ou à un autre élément de base fixé ou attesté par un tiers, ou par un organisme et si cet élément reste inconnu [...]». Nous avons emprunté cette traduction à Denis Tallon, supra note 195, p. 125.

<sup>449</sup> L'article 51 de la loi (danoise) no.102 du 6 avril 1906 sur la vente dispose en effet: «Si le prix ou les moyens de sa détermination ne ressortent pas du contrat ou des circonstances en général, l'acheteur doit acquitter un prix qui compte tenu de la nature de la chose et des prix couramment pratiqués lors de la conclusion du contrat ainsi que des circonstances en général doit être considéré comme raisonnable». Nous avons emprunté la traduction à Denis Tallon, supra note 195, p. 132.

<sup>450</sup> Voir l'article 45 de la loi norvégienne (Norwegian Sale of Goods Act 1988):«(1) If a contract has been concluded without making a provision for the price, the buyer shall pay the price generally charged at the time of conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned, provided the price is not unreasonable. If there is no such generally charged price, the buyer must pay the price which is reasonable with due regard to the nature and quality of the objects and the circumstances in general.(2) In consumer sales the seller may not in addition to the price demand any payment for issuing and dispatching the bill. This rule does not apply when it appears clearly that the price is the seller's price for cash payment, but he nevertheless grants a respite».

<sup>451</sup> D.-C. Lamontagne, supra, note 33, no. 96.



Si tous les droits internes admettent la référence à un standard objectif tel que le prix du marché, dans toute la mesure où il assure l'indépendance du prix par rapport à l'arbitraire des parties, ils admettent dans l'ensemble<sup>452</sup> que le prix puisse être fixé par une des parties. Mais comme nous le verrons, il ne s'agit pas pour autant de laisser le prix à l'arbitraire de cette dernière.

## **2.2 Quand les conclusions du tiers confient la détermination du prix à la volonté d' une des parties.**

Les parties dans notre étude, ayant confié la détermination du prix à un tiers, il faut comprendre par cet intitulé, les cas où le tiers fait dépendre le prix à déterminer de la volonté d'une des parties, le vendeur par exemple. Plus précisément, il fait dépendre le prix d'un élément que contrôle une des parties<sup>453</sup>. C'est donc toujours une détermination opérée par le tiers. Il s'agit d'en apprécier la validité. Ici encore, nous ne prétendons pas à l'exhaustivité, nous analyserons quelques droits internes choisis aussi bien dans le système romano-germanique (y compris le Danemark), que dans celui de la common law.

---

<sup>452</sup> Voir J. Ghestin, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative» D.S. 1973, chr. p. 293. Pour le droit belge tout comme pour le droit français, le prix de vente doit être le fait des deux parties, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence belge a reconnu dans un certain nombre de contrats dont le contrat d'entreprise par exemple, (Comm. Bruxelles, 9 nov. 1979 cité par Van Ommeslaghe, («Examen de jurisprudence-Les contrats spéciaux» (1986) R.C.J.B., p. 85-86) que la détermination de l'objet puisse être valablement laissée à la discrétion de l'une des parties, dans la mesure où ce dernier procède avec bonne foi. Une partie de la doctrine, propose que cela soit également admis en matière de vente. Voir dans ce sens, P.A. Foriers, «L'objet et la cause du contrat» dans Les obligations contractuelles, Bruxelles, Editions du jeune Barreau, 1984, pp. 108-109; P. Van Ommeslaghe tout juste précité.

<sup>453</sup> Il faut préciser que le droit français, en ce qui concerne le contrat de vente, rejette l'idée que le prix dépende de la volonté discrétionnaire d'une des parties, mais admet que celui-ci soit influencé par celle-là. Voir dans ce sens, Paris, 22 décembre 1972, D. 1974, jur. 93, 100.

Nous avons vu que pour déterminer le prix, le tiers n'a pas besoin de le chiffrer. Il peut se contenter de référer à des éléments qui permettront de le connaître à échéance. Autrement dit, il peut le rendre déterminable à son tour. Suivant une telle logique, le tiers peut pour réaliser sa mission, faire dépendre le prix (à travers l'élément de référence qu'il retiendra), de la volonté d'une des parties. Ce sera le cas s'il choisit la formule suivante: «Le prix sera celui pratiqué par le vendeur au jour du paiement». C'est bien là une manière dont le tiers peut procéder pour accomplir sa mission. Cela ne signifie pas pour autant que le prix doive être abandonné à l'arbitraire du vendeur, au contraire<sup>454</sup>. L'article 5 précité de la Loi danoise no 102 du 6 avril 1906 sur la vente, admet également que le vendeur puisse fixer le prix, si tant est que celui-ci ne ressort pas du contrat. Il ne lui laisse pas pour autant toute latitude pour y procéder. Autrement dit, il ne s'agit pas de laisser le prix à l'arbitraire du vendeur. De là, ce contenu:

«Si une vente est conclue sans qu'il ait été convenu du montant du prix de vente, l'acheteur est tenu de payer ce qu'exige le vendeur pour autant qu'un tel prix ne puisse être considéré comme exorbitant»<sup>455</sup>.

En *common Law*, la possibilité pour une des parties de fixer le prix ne fait pas de doute. Néanmoins, il convient d'admettre, qu'elle est plus évidente aux États-Unis, qu'en Grande-Bretagne. En effet, aux États-Unis, cette possibilité, peut être inférée d'un texte législatif précis, en l'occurrence, l'article 2-305 (2) du Uniform Commercial Code:

---

<sup>454</sup> Supra note 195, p. 65.

<sup>455</sup> Ibid. note 195, p. 131.

«Lorsque le prix doit être fixé par le vendeur ou l'acheteur, il doit l'être de bonne foi»<sup>456</sup>.

En droit anglais, même si cela ne ressort pas spécifiquement du Sale of Goods Act, il ne fait aucun doute que cette possibilité est admise. Lord Dunedin l'a affirmé en ces termes :

«With regard to price, it is a perfectly good contract to say that the price is to be settled by the buyers»<sup>457</sup>.

En vérité, le juge anglais ne frappera de nullité absolue une vente ainsi conclue, qu'en cas d'«*absolutely unbridled and unfettered discretion*». Autant dire que le prix ne saurait être laissé à l'arbitraire de la partie qui doit le fixer<sup>458</sup>. Ce dernier doit fixer un prix raisonnable. À notre avis, une telle exigence est aussi, du moins implicitement, celle de l'article 8 al.2 du Sale of Goods Act qui traitant du cas où le prix n'est ni déterminé dans la vente, ni d'aucune autre façon, dispose qu'alors, «[...] l'acheteur doit payer un prix raisonnable».

Tous ces droits qui ne rejettent pas systématiquement que le prix soit fixé par une des parties, mais l'admettent et érigent tout autour des barrières contre l'arbitraire, nous semblent relever d'un libéralisme pragmatique, tout à fait conforme à la flexibilité indispensable aux contrats internationaux de vente.

---

<sup>456</sup> Ibid., p.125.

<sup>457</sup> Voir le *dictum* de Lord Dunedin dans May & Butcher v. The King, *supra* note 77, p. 21.

<sup>458</sup> Voir Loftus v. Roberts (1902) 18 T.L.R. 532 (C.A.).

Permettre qu'une des parties fixe le prix, peut en première analyse sembler attentatoire au principe de l'égalité des volontés des parties dans un contrat, et donc inciter à refuser qu'une partie fixe le prix. Cependant une telle inquiétude disparaît quand la possibilité ainsi accordée à la partie, est encadrée de sorte à éviter qu'elle dicte sa volonté à son co-contractant. L'inquiétude ne se justifie que si la détermination du prix dépend d'une condition potestative<sup>459</sup>. Il faut souligner que le fait, pour le tiers de déterminer le prix est une obligation que la mission met à sa charge. Et il s'agit là d'une obligation qui à exécuter de sorte à réaliser l'avènement du prix attendu. Dans l'exécution de sa mission, le tiers est tenu d'oeuvrer d'une telle manière qu'en bout de ligne, le prix ne dépende pas de la volonté toute puissante de l'une des parties, en stipulant par exemple que le prix sera celui exigé par le vendeur. Dans un tel cas, la détermination du prix risquerait d'être affectée d'une condition purement potestative. Un tel agissement de la part du tiers ne serait pas conforme à sa mission. Il faut plutôt voir le recours à lui comme la volonté des parties de parvenir à un prix qui tienne compte de leurs intérêts respectifs. Un prix qui ne soit point assujéti à la volonté arbitraire de l'une d'entre elles. Il convient de préciser que la condition potestative est celle qui dépend du pouvoir de la volonté d'une partie<sup>460</sup>. De la validité de la condition dépend celle du contrat, car, si le contrat est affecté d'une condition qui n'est pas valable, il est lui-même, en principe, entraîné dans la nullité. Or sont certainement valables les conditions casuelles<sup>461</sup> et mixtes<sup>462</sup> parce qu'elles font intervenir un élément qui échappe à la volonté des parties.

---

<sup>459</sup> Ghestin, supra note 452.

<sup>460</sup> Article 1170 Code civil français

<sup>461</sup> A Weil, Droit civil: les obligations, Paris, Dalloz, 1971, p. 845 et s.; Terre, Simler et Lequette, Droit civil: les obligations, 6<sup>e</sup> éd. Paris Dalloz, 1996, no. 1125.

<sup>462</sup> Ibid.

Au contraire, la condition potestative, dans la mesure où elle met le contrat à la merci de l'une des parties, n'est en principe pas valable. Il faut pourtant distinguer entre la condition potestative de la part du débiteur (celui qui s'oblige), de la condition potestative de la part du créancier. Dans le premier cas, le débiteur ne serait pas sérieusement lié par cette dette qui dépend d'un événement, qu'il est de son seul pouvoir de faire arriver ou non. Il n'y aurait là aucune véritable obligation<sup>463</sup>. C'est pour cela qu'elle est interdite, et la seule à être interdite<sup>464</sup>. On distingue généralement entre la condition purement potestative et la condition simplement potestative, deux degrés de dépendance de l'événement à l'égard de la volonté d'une partie.

La condition purement potestative est celle qui s'exprime par exemple par «je paierai telle somme si je veux». Cette condition arbitraire, discrétionnaire de la part du débiteur, est nulle et entraîne la nullité du contrat. Promettre si l'on veut, ce n'est pas en réalité s'engager juridiquement.

La condition simplement potestative, au contraire, est celle qui dépend du fait et, sans doute, de la volonté du débiteur, mais d'une volonté qui pourra être influencée par des circonstances extérieures, de sorte que le contrat n'est pas livré à l'entière discrétion de celui qui s'oblige. «Je vous vends ma maison si je quitte la ville». C'est un acte volontaire, mais non arbitraire. On est dans une telle décision déterminé par des considérations sérieuses. Aussi la combinaison est-elle valable.

---

<sup>463</sup> Article 1174 du Code civil français. «Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige».

<sup>464</sup> Ibid.

Appliqué à la question de la détermination du prix par un tiers, tout cela revient à dire en droit français que, lorsque le contrat fait dépendre le prix de la volonté de l'une des parties, il sera annulé dans le but de protéger celle des parties qui par l'effet d'une telle clause, se retrouve à être placée à la merci de son co-contractant. Il s'agit donc de rétablir quant au prix, un équilibre contractuel qui risque d'être faussé en raison du pouvoir conféré à l'une des parties par le contrat. Ainsi, quand le prix dépend d'une simple manifestation de volonté de l'une des parties, comme lorsque le vendeur se réserve le droit de fixer lui-même le prix, le caractère exorbitant et léonin de cette clause mettant l'acheteur à la discrétion du fabricant est établi. La vente est dès lors nulle<sup>465</sup>. Il faut donc éviter que le prix dépende de la volonté discrétionnaire, arbitraire de l'une des parties.

Dès lors il nous semble juridiquement justifié que la fixation du prix puisse être confiée à une des parties<sup>466</sup>, si l'autre est protégée contre tout arbitraire de sa part. Mieux, si (comme c'est le cas dans les différents droits ouverts à cette possibilité) l'on exige que le pouvoir de fixer unilatéralement le prix soit exercé de manière raisonnable, avec équité, sans excès, le prix demeurerait déterminable à notre avis.

---

<sup>465</sup> Cass. Com., 23 Octobre 1962, Bull. Civ., III, p. 344, no. 420.

<sup>466</sup> Voir Malaurie, note sous Paris, 22 décembre 1972, D., 1974, jur., 93, 100. Il reste que le droit français n'admet pas en principe que le prix puisse être unilatéralement fixé par une des parties. Cela explique d'ailleurs que la Cour de cassation française soit hostile à la clause «prix de catalogue» suivant laquelle le prix est déterminé par référence au tarif de l'une des parties. Lorsqu'elle a trait aux contrats à exécution instantanée, cette référence est valable puisque l'autre partie donne son acceptation en connaissance de cause. Telle n'est pas le cas dans les contrats qui produisent leurs effets sur une plus longue période. Dans un tel contexte, la référence est d'ailleurs contraire à l'article 1174 du Code civil français qui annule toute obligation si elle est conclue sous condition potestative. C'est qu'une telle référence laisse la détermination à l'une des parties, en cours de contrat. Sur l'ensemble de la question voir J. M. Mousseron, supra note 421, no. 498.

Il suffit donc que la volonté de cette parties «s'exerce à l'intérieur de limites objectives, tracées par le contrat-même, sur lesquelles, lors de l'exécution, le juge peut exercer un contrôle effectif»<sup>467</sup>. Si, par conséquent, le tiers fait dépendre le prix de la volonté d'une des parties, cela ne devrait pas être systématiquement invalidé.

Cette possibilité que le prix soit fixé unilatéralement par une des parties, ou que les éléments permettant sa détermination dépendent de l'une d'entre elles est aussi traitée en droit québécois. Ce droit refuse de valider la condition dont la réalisation dépend du seul acte de volonté du débiteur, c'est-à-dire de l'exercice de son seul pouvoir discrétionnaire. Le motif est ici, aussi comme ailleurs, qu'une obligation dépendant de la volonté, exclusive, arbitraire de l'une parties, n'engage pas en réalité cette partie<sup>468</sup>.

Cette condition est traditionnellement connue sous le nom de condition purement potestative et entraîne la nullité de l'obligation qui en dépend<sup>469</sup>. La condition purement potestative est ici aussi opposée à la condition simplement potestative qui elle, ne dépend pas exclusivement de la volonté d'une des parties, mais également de certains éléments extérieurs<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> Jacques Ghestin, Traité de droit civil, tome II, Paris, L.G.D.J. 1980, p. 428. Nous reviendrons plus longuement sur ce point, à travers les contrats d'approvisionnement exclusif.

<sup>468</sup> J. L. Baudouin, Les obligations, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Y. Blais Inc. 1993, p. 476 et s; M. Tancelin, Source des obligations: l'acte juridique légitime, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 328 et s.

<sup>469</sup> Voir l'article 1500 C.c.Q.; Voir également Camerlin c. Paré et Fils, [1958] C.S. 430; Adams c. Traders Finance Co. Ltd., [1960] R. L. 57, Gravel c. Cité de Chomedey, [1969] C.S. 23 commentaire A Larouche (1971) 2 R.G.D. 343, Casaubon c. Beauchamp, [1971] C.A. 523; Pierquet c. Éditions de l'Homme Ltée., [1976] C.P. 444; Cité de Deux-Montagnes c. Paradis, [1978] C.S. 1050.

<sup>470</sup> Voir l'article 1500 C.c.Q.; Dalrympe c. Simons (120) 58 C.S. 194; Charleboix c. Laboratoire Pasteur Ltée., [1943] C.S. 316; Bernard c. Paquin, [1954] B.R. 273; Lamire c. Larouche, [1971] C.S. 673; Droit de la famille-1661, [1992] R.J.Q. 2479 (C.S.)

Appliqué à la question de la détermination du prix, cela signifie que la vente demeure valable dans la mesure où, les termes du contrat permettent de déterminer le prix de façon précise, selon des critères objectifs<sup>471</sup>. Toutefois le prix ne saurait être fixé ultérieurement par la volonté d'une seule partie, car la protection de l'autre contractant justifierait l'annulation du contrat<sup>472</sup>. Une des parties peut donc exercer une influence sur le prix. Le tout est qu'une telle influence sur la détermination du prix doit être encadrée par des facteurs objectifs qui protègent l'autre contre son arbitraire<sup>473</sup>. Il s'agit de solutions pratiques et adaptées à la flexibilité nécessaire au commerce international. Il ne faut pas oublier que dans notre analyse, c'est le tiers qui dans l'exercice de sa mission référerait à un élément qui dépendrait d'une des parties, et qui servirait d'indice de détermination du prix. C'est dire que la référence se trouve à s'incorporer à l'entente à parfaire. L'essentiel est alors que le résultat final soit raisonnable, équitable.

L'attribution ainsi faite à une des parties à l'entente à parfaire découle du mandat donné au tiers pour fixer le prix. Le tiers exerce sa mission en faisant dépendre le prix d'un élément qui, à son tour, dépend du vendeur par exemple. Ce qui revient à dire que si la détermination du prix dépend d'une des parties, c'est par un biais contractuel qu'il en est ainsi. Un tel pouvoir est d'origine contractuelle, et c'est exactement le résultat auquel on parviendrait si le tiers, pour déterminer le prix a cette formule que nous imaginons:

---

<sup>471</sup> Article 1373 C.c.Q., article 1500 C.c.Q. supra note 289, Racine et Chamberland Inc. C. Snyder, J.E. no. 95-1675 (C.A.).

<sup>472</sup> Supra note 468.

<sup>473</sup> Nous reviendrons sur ce point plus loin.



«le prix sera celui pratiqué par le vendeur le jour de la livraison des marchandises, en autant que ce soit le même prix tel qu'appliqué à tous ses clients placés dans les mêmes conditions».

Le vendeur serait par conclusions du tiers, celui dont dépend en dernière analyse le prix. Ce qui ne serait pas inopérant puisque le prix serait connu le jour de la livraison, et le tiers aura accompli sa mission. Ce prix doit être raisonnable sinon conforme à celui du marché. Qu'en est-il lorsque le prix est déterminé dans le contrat en fonction d'éléments qui ne sont pas totalement indépendants de la volonté de l'une des parties, mais qui ne sont pas non plus soumis à son arbitraire<sup>474</sup>? Cela ne relève-t-il pas de la condition simplement potestative, et donc valable?

### **2.3 Du prix dépendant partiellement de la volonté de l'une des parties: des contrats d'approvisionnement exclusif.**

C'est en droit français que ces contrats ont fait l'objet des plus riches développements doctrinaux et jurisprudentiels<sup>475</sup>. Il s'agit ici des contrats dits «marchés de bière»<sup>476</sup>, de «pompistes de marque»<sup>477</sup>. Dans ces contrats, distributeurs de carburant (pompiste de marque), ou débitants s'engagent à se fournir auprès d'entreprises déterminées (c'est l'effet de la clause d'exclusivité).

---

<sup>474</sup> J. Ghestin, *supra* note 452, p. 297; ou encore sa note sous Paris, 2 mai 1986, J.C.P. 1987.II.20622.

<sup>475</sup> Voir *infra* notes 476, 477 pour plus de détails.

<sup>476</sup> Sur ces contrats, voir François Goré, *supra* note 417, p. 85.

<sup>477</sup> R. Rocière & C. Champaud, «A propos des "pompistes de marque: les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur» (1988) J.C.P. 1966 I. . Ces auteurs y affirment d'ailleurs qu'il est plus exact de dire «pompistes intégrés»; C. Jamin, «Réseaux intégrés de distribution: de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives», J.C.P. éd. G. I. 3959.

Par le contrat dit "marché de bière", le cafetier s'engage à s'approvisionner pour toutes les bières nécessaires au fonctionnement de son fonds chez un fournisseur déterminé, de même que le pompiste de marque pour l'essence qu'il vend. En contrepartie, l'entreprise qui fournit consent:

«[...] une aide matérielle qui peut revêtir des formes diverses: bail des locaux dans lesquels est exploité le débit des boissons, licence de grand exercice, prêt d'argent consenti sans intérêt, cautionnement des emprunts sollicités par le tenancier auprès d'un établissement bancaire dans le but de moderniser le débit de boissons, prêt de matériel, etc...»<sup>478</sup>. Rodière et Champaud précisent en prenant l'exemple de l'approvisionnement en pétrole:

«juridiquement, cette intégration se traduit par un ensemble d'obligations concordantes et complexes destinées à assurer la subordination économique du pompiste. La plus importante réside dans l'exclusivité d'approvisionnement accordée à la firme pétrolière. C'est loin d'être la seule et ce serait une erreur que d'omettre les autres obligations qui incombent aux détaillants ou de les en isoler. Le contrôle du fonds exploité par le pompiste s'exprime et s'établit en effet par de nombreuses clauses caractéristiques de ce genre de contrat. Les principales concernent: la forme juridique d'exploitation de l'entreprise intégrée; l'obligation d'utiliser fidèlement et entièrement les sommes avancées pour édifier la station; l'aspect extérieur et publicitaire de celle-ci; les rapports avec les clients; la formation et la présentation du personnel du pompiste, les heures d'ouverture des pompes, etc...»<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> François Goré, *supra* note 417, p. 84.

<sup>479</sup> R. Rodière & C. Champaud, *supra* note 477, p. 1988.

Il en découle que ces contrats ne constituent pas en tant que tel des contrats de vente. Il s'agit plutôt de contrats-cadre à l'intérieur desquels prendront place les relations ultérieures des parties. Il s'agit de contrats d'exclusivité prévoyant:

«[...] la fourniture à des prix à déterminer lors de la conclusion de chaque contrat élémentaire»<sup>480</sup>.

Or, il est clair que le négoce entre les différentes parties (détaillants, débitants/fournisseur), se fait dans un contexte oligopolistique. Il est donc à craindre que les premiers étant liés aux seconds (en position dominante) par une clause d'approvisionnement fermant l'accès à toute autre source de fournitures, soient abusés par ceux-ci.

Dès lors, et c'est le point de droit essentiel, quelle est la valeur juridique de tels contrats? Relèvent-ils des dispositions du Code civil français sur la détermination ou la déterminabilité du prix? Déjà avant les années 1970, la jurisprudence française admettait qu'une des parties puisse influencer le prix de la vente. Il suffisait comme l'a écrit Ghestin que cela:

«s'exerce à l'intérieur des limites objectives, tracées par le contrat même, sur lesquelles, lors de l'exécution, le juge peut exercer un contrôle effectif»<sup>481</sup>.

Ainsi, un contrat qui prévoyait que le prix serait celui que le vendeur avait l'habitude

---

<sup>480</sup> François Goré, Supra note 417, p. 84.

<sup>481</sup> J. Ghestin, supra note 467, p. 428.

de pratiquer auprès de sa clientèle a été jugé valable, un tel prix ne pouvant selon la Cour de cassation être vu comme étant arbitraire, pas plus que les acheteurs ne pouvaient valablement démontrer que le vendeur leur appliquait un prix plus élevé que celui appliqué aux autres acheteurs<sup>482</sup>. Le constat à faire est que le critère utilisé est celui du manque d'arbitraire, critère apprécié au stade de l'exécution du contrat. C'était le critère utilisé pour les contrats-cadre d'approvisionnement exclusif<sup>483</sup>.

Toutefois, dès le 27 septembre 1971 une nuance fondamentale va apparaître; Le critère ne sera plus celui de l'arbitraire jaugé au moment de l'exécution du contrat, mais celui de l'arbitraire potentiel dérivant de la situation prépondérante de l'une des parties par rapport à l'autre. En cette année-là, par trois (3) arrêts la Chambre commerciale de la Cour de Cassation concluait à la caducité de bon nombre de contrats intervenus entre des pompistes et des compagnies pétrolières.

Jusqu'en 1963 l'administration française avait fixé une marge bénéficiaire-plafond sur laquelle pompistes et compagnies pétrolières pouvaient ajuster leurs bénéfices. Seulement en 1963, cette marge n'existait plus, l'administration ayant décidé de ne plus fixer de prix maximal de vente à la consommation. Dès lors, les pompistes tentaient d'obtenir une augmentation de leur marge de profits par rapport aux compagnies pétrolières qui naturellement, résistaient. Face à ces résistances, les pompistes demandèrent aux juges de prononcer la caducité des contrats qui les liaient aux pétrolières, vu le changement intervenu en 1963.

---

<sup>482</sup> Voir dans ce sens Cass. req., 5 février 1934, Gaz. Pal., 1934, II.

<sup>483</sup> Voir dans ce sens Douai, 19 octobre 1933, S., 1934, II, 139.

La Cour de cassation fit, en bout de ligne, droit à leur demande, à cause de l'arbitraire potentiel découlant de la situation de force de l'une des parties. En fait pour bien comprendre la jurisprudence appliquée aux contrats-cadre d'approvisionnement exclusif, il faut admettre qu'un contrat de bière, un contrat d'approvisionnement exclusif, n'est pas une vente qu'on peut annuler pour défaut de prix. De là, la jurisprudence applicable aux contrats-cadre d'approvisionnement exclusif, que résume ainsi Isabelle Corbisier:

«une clause de prix n'est pas nécessaire à la validité du contrat[d'approvisionnement] mais lorsqu'une telle clause figure au contrat, la question de la validité se pose, question qui devra être résolue par l'application du critère du contrôle de l'arbitraire [...]»<sup>484</sup>.

Pour le reste, la Cour de cassation maintient son axe qui consiste à faire usage de l'arbitraire potentiel pour invalider les contrats qui nous intéressent. On peut s'en rendre compte dans sa décision du 21 juin 1976<sup>485</sup>.

Un contrat-cadre d'approvisionnement intervenu entre un garage et une compagnie pétrolière contenait une clause alignant le prix sur le tarif pratiqué par la compagnie. Cette dernière, pour éviter que soit annulé le contrat, prétendit que la détermination du prix dépendait aussi de nombreux autres facteurs d'ordre économique. Ce à quoi la Cour de cassation a répondu en y opposant la validité de la décision d'appel qui a décidé que:

---

<sup>484</sup> Isabelle Corbisier, *supra* note 69, p. 779.

<sup>485</sup> Cass. Com., 21 juin 1976, J.C.P., 1978, II, 18984, note Albala de Corneveaux.

«[...] si ces prix ne pouvaient être fixés de façon purement arbitraire et que cette fixation devait tenir compte de nombreux facteurs d'ordre économique, il n'existe pas pour autant en la matière, un prix du marché qui résulte du jeu régulier et permanent de l'offre et de la demande, dont le tarif de la société Antar ne serait que l'expression et qu'en définitive, la détermination des prix litigieux dépendait de la volonté du vendeur».

Comme on peut le constater, dès 1971 la jurisprudence a pris le parti de protéger la partie la plus faible aussi bien en ce qui concerne les contrats de bières, que ceux liant des pompistes à des compagnies pétrolières. Cependant, cette jurisprudence a une faiblesse majeure; elle applique à des contrats d'approvisionnement exclusif (ou contrats de fourniture), c'est-à dire des contrats-cadre, des dispositions relatives à la vente (les articles 1591 et 1592 Code civil français). Or ces contrats-cadre ne sont pas des ventes, même s'il est vrai que ces dernières en constituent l'application<sup>486</sup>. Une telle approche ne pouvait à la longue qu'être très malaisée à maintenir.

On comprend alors que quelques années plus tard dans ses arrêts du 11 octobre 1978<sup>487</sup> tout en confirmant sa tendance protectrice de la partie la plus faible dans le cadre des contrats de bières, la Cour de cassation ait déplacé la base juridique de sa position des articles 1591 et 1592 Code civil français à l'article 1129 du même Code. Ce dernier texte dispose:

«Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce».

---

<sup>486</sup> Voir dans ce sens, F. Goré, supra note 417, p. 84; J. M. Mousseron et A. Seube, «A propos des contrats d'assistance et de fourniture», (1973) Dalloz, chr. p. 199; R. Rodière et C. Champaud, supra note 477.

<sup>487</sup> Cass Com., 11 octobre 1978 (2 espèces), J.C.P., 1979, ii, 19034, note Loussouarn.

Les attendus principaux de ces deux espèces sont respectivement les suivants:

«Attendu qu'en considérant [...] que le prix des fournitures en cause était déterminable suivant les énonciations du contrat [la clause relative à la fixation du prix faisait implicitement appel à la loi de l'offre et de la demande et laisse intactes toutes possibilités de négociation ou de rectification au cas où le prix proposé serait supérieur au prix du marché], sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de la société [...], si la référence opérée par la clause litigieuse au prix du marché pratiqué à Lyon, où ladite société avait son établissement, permettait «d'avoir un élément de référence sérieux, précis et objectif», la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»;

«Attendu que, pour rejeter la demande en nullité du contrat formée par les époux Seddik, la Cour d'appel a considéré qu'une telle clause rendait déterminable les prix dont il s'agit, qu'en décidant, au seul motif que la «Société européenne de brasserie est loin d'être le seul fournisseur» des boissons en cause sur la place où était exploité le fonds, sans préciser comment, au vu des prix pratiqués par les autres distributeurs, ceux qui devaient être appliqués dans les relations entre les parties pouvaient être déterminés, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision».

Désormais donc, la Cour de cassation applique l'article 1129 du Code civil français aux contrats de bière, aux contrats d'approvisionnement exclusif mais également aux contrats-cadre de fourniture de produits pétroliers<sup>488</sup> autrefois régis par la jurisprudence du 27 avril 1971 qui s'appuyait sur les articles 1591 et 1592 du Code civil français. Ce qu'il faut retenir de la jurisprudence française relative aux contrats d'approvisionnement exclusif depuis 1971, c'est qu'en passant des articles 1591 et 1592 à l'article 1129 du Code civil français, elle annule pour abus éventuel (et non pour abus effectif) dans la fixation du prix de la part du fournisseur, le contrat-cadre. Il faut aussi préciser qu'avec l'article 1129 du Code civil français comme base légale de la nullité, la Cour de cassation a étendu sa jurisprudence à bien d'autres contrats<sup>489</sup> dont ceux d'approvisionnement en laine et items d'habillement<sup>490</sup>, en farine<sup>491</sup> au contrat d'entretien et de location de matériel téléphonique<sup>492</sup>, au contrat de transport<sup>493</sup>, au contrat de franchise<sup>494</sup>. Cette jurisprudence vise de toute évidence un noble objectif, protéger la partie en position de faiblesse mais il faut bien admettre qu'elle est juridiquement contestable et commercialement perturbatrice.

---

<sup>488</sup> Voir Cass Com., 27 avril 1981, Bull.civ., IV, no. 188; Cass Com., 29 juin 1981, J.C.P., 1981, IV, 339; Cass. Com., 25 janvier 1982, Bull. Civ., IV, no 26.

<sup>489</sup> Sur ces contrats, voir les observations de J. Mestre, (1988) Rev. trim. dr. civ., p. 94 et s.

<sup>490</sup> Cass. Com., 5 octobre 1982, Bull. Civ., IV, no. 298.

<sup>491</sup> Cass. Com., 21 mars 1983, Bull. Civ., IV, no. 110.

<sup>492</sup> Cass. Com., 1er décembre 1981, Bull. Civ., IV, no. 423.

<sup>493</sup> Cass. Com., 8 mars 1983, Bull. Civ., IV, no. 302.

<sup>494</sup> Cass. Com., 24 juin 1986, D., 1988, sommaire commenté, p.22 (confirmant Paris, 14 juin 1984, J.C.P., 1985, II, 20416); Cass. Com., 12 janvier 1988, D., 1988, I.R., p. 27 (cassant Paris, 13 novembre 1984, J.C.P. 1985, II, 20466).



Juridiquement, la Cour de cassation a été mal inspirée d'appliquer des dispositions relatives à la vente (1591 et 1592 Code civil français), à des contrats-cadre qui ne sont pas des ventes. Il eut mieux valu attendre la mise en place des contrats d'exécution du contrat-cadre (les ventes), pour vérifier si les prescriptions légales en la matière étaient observées, et le cas échéant, annuler ces ventes.

Par ailleurs, une des caractéristiques des contrats de bière réside dans le fait que c'est généralement un distributeur indépendant commercialisant les produits de la brasserie qui approvisionne le débitant et non la brasserie. À partir de là, on peut affirmer que la Cour de cassation viole le principe de l'effet relatif du contrat, en imposant à la brasserie une obligation de détermination du prix, d'autant plus qu'elle est tiers à ce contrat. Quand bien même elle s'appuie désormais sur l'article 1129 du Code civil français, la Cour de cassation n'est pas moins critiquable. En vérité cette disposition est incompatible à la réalité juridique des contrats-cadre qui déploient des obligations de faire et non des obligations de donner, qui constituent l'objet de l'article 1129<sup>495</sup>. En appliquant aux contrats d'approvisionnement l'article 1129 Code civil français, la Cour de cassation semble dire que ces contrats sont caractérisés par des obligations de donner. En réalité ils sont caractérisés par des obligations de faire. Commercialement, la jurisprudence de la Cour de cassation est inappropriée. Certes le fournisseur est en position dominante.

---

<sup>495</sup> Y. Loussouarn, note sous Cass. Com., 11 octobre 1978 supra note 487; Houin, supra note 435, p. 135; Laurent Aynès, «Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?», D. 1993, chr. p.26.

Mais s'il use abusivement de la clause d'exclusivité pour imposer un prix injuste au distributeur (n'est-ce pas de cela que l'accuse présomptivement la Cour?), il y a de forte chance que ces distributeurs, débitants, ou détaillants "déposent leurs bilans", ce qui en définitive affectera les fournisseurs qui auront de la difficulté à écouler leurs produits. Et même si dans la réalité (encore faut-il que la Cour attende qu'elle survienne), les fournisseurs abusent de leur possibilité, il sera toujours temps de les forcer à dédommager les distributeurs (pompistes, débitants, détaillants etc...)<sup>496</sup>. De plus, comme l'ont fort justement souligné Loussouarn et Houin<sup>497</sup>, la jurisprudence de la Cour Cassation constitue une menace pour la survie des indépendants les plus modestes, dans un environnement économique de concentration. Loussouarn a vu tout à fait juste en relevant que c'est une sorte de prime à l'immoralité commerciale, dans la mesure où dans un très grand nombre de cas, les distributeurs invoquent la nullité du contrat afin d'échapper à l'obligation d'approvisionnement, bien souvent après avoir usé au maximum des avantages consentis par le producteur (par exemple la brasserie)<sup>498</sup>. Au vu de toutes ces critiques, il est facile de comprendre que la Cour de Cassation marque le pas. La tendance semble maintenant être au reflux. En fait:

«Par touches successives, la jurisprudence a composé trois tableaux ou l'exigence de la détermination apparaît progressivement sous les traits d'une exception: susceptible de disparaître des contrats de distribution exclusive, elle semble en outre, ne devoir désormais intervenir dans les contrats synallagmatiques créant directement une obligation pécuniaire [...] qu'en vertu de

---

<sup>496</sup> Cela peut se faire sur la base des articles 1135 Code civil français duquel on peut inférer la règle de la bonne foi.

<sup>497</sup> Supra note 435.

<sup>498</sup> Ibid.

textes spéciaux»<sup>499</sup>.

Le droit belge est très proche du droit français. Les articles 1129, 1591 et 1592 des deux Code civils sont *mutatis mutandis*, les mêmes. On pouvait donc penser que la jurisprudence française sur les contrats d'approvisionnement exclusif soit la même en Belgique. En fait, il n'en n'est rien. La doctrine belge a toujours considéré que les contrats d'approvisionnement exclusif ne sont pas des ventes<sup>500</sup>, mais des contrats-cadre qui n'enclenchent que des obligations de faire<sup>501</sup>. Relativement à l'évolution de la jurisprudence française, qui applique désormais aux contrats d'approvisionnement l'article 1129 Code civil français, la doctrine belge a soutenu qu'elle n'est juridiquement défendable que si le prix était dans l'esprit des parties au contrat-cadre, l'élément essentiel.

Ce qui pour ce genre de contrat n'est pas le cas<sup>502</sup>. La jurisprudence ne pense pas différemment. Ainsi a-t-il été décidé relativement à un contrat-cadre d'approvisionnement exclusif en bière, qu'il ne s'agit pas d'une vente, et que par conséquent, le prix ne saurait en être une condition de validité<sup>503</sup>.

---

<sup>499</sup> Fabrice Leduc, «La détermination du prix, une exigence exceptionnelle?» (1992) J.C.P. I. 3631.

<sup>500</sup> Voir sur ce point M. Fontaine, «Les contrats de carburant», (1962) Annales Liège, p. 5.

<sup>501</sup> P.A. Foriers, «L'objet et la cause du contrat» dans Les obligations contractuelle, *supra* note 452, p. 114 et s.; W. Van Gerven, «Conventions de longue durée, détermination du prix, adaptation par suite de circonstances imprévisibles, règlement des conflits», dans Publications commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 1982, p.15 et s.; L. Simont, J. De Gavre, P. A. Foriers, «Examen de jurisprudence-Les contrats spéciaux», (1985) R.C.J.B., no. 3, p. 108 et s.

<sup>502</sup> Ibid.

<sup>503</sup> Bruxelles, 7 septembre 1982, J.T., 1983, 66, Voir le commentaire de P. Van Ommeslaghe, «Examen de jurisprudence-Les obligations», *supra* note 452, p. 79-80.

Pour ce qui est du virage pris par la jurisprudence française en 1971, à savoir, annuler le contrat-cadre pour abus éventuel de la partie qui est en position dominante, la jurisprudence belge a encore ici une position différente. Elle n'annule le contrat que pour abus effectif en se servant de la théorie dite de la lésion qualifiée<sup>504</sup> ayant elle-même pour assise juridique, la règle de la contrariété à l'ordre public qui est constituée, chaque fois qu'une partie use abusivement de sa position dominante à l'égard de la partie la plus faible<sup>505</sup>.

Face à jurisprudence si critiquable et si critiquée, si difficilement tenable, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation semble avoir par quatre (4) décisions du 1er décembre 1995<sup>506</sup>, choisi d'opérer un revirement. Désormais en effet, l'existence d'un prix déterminé ou déterminable ne conditionne plus la validité des contrats-cadre<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> Cette théorie semble avoir été la création de l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 juillet 1936, Pas., 1936, I, 346. Voir également Cass., 21 septembre 1961, Pas., 1962, I., 91; Bruxelles, 28 janvier 1963, Somm., (1964) *Rev. Prat. not.*, p.119. Sur le plan doctrinal, voir P. Van Ommeslaghe, «Examen de jurisprudence- Les obligations», *supra* note 452, p. 452-453 et (1986) *R.C.J.B.*, p. 79-80.

<sup>505</sup> Voir Comm. Bruxelles, 16 avril 1974, *I.C.P.*, 1974, p. 229.

<sup>506</sup> Voir les quatre (4) arrêts en annexe La détermination du prix: nouveaux enjeux (un an après les arrêts de l'assemblée plénière), publié sous l'égide du CEDIP et de l'Université de Montpellier I, Paris, Dalloz, 1997. Voici les attendus principaux des quatre espèces: Sté Compagnie française de téléphone c. Sté Bechtel France: «Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, 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»; SNC Le Montparnasse c. Sté GST Alcatel Bretagne: «Mais attendu que l'article 1129 du C. civ. n'étant pas applicable à la détermination du prix [...]»; SA Compagnie Atlantique de téléphone c. SA Sumaco: «Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, 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»; Yassali c. Gagnaire: «Attendu quela clause de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation».

<sup>507</sup> C'est-à-dire suivant les arrêts du 1er décembre 1995, «une convention qui prévoit la conclusion de contrats ultérieurs»; sur les définitions proposées, voir F. Paullaud Dullian, A. Ronzano et A. Reygrobellet, «Le contrat-cadre en France» dans A. Sayag, (dir), Le contrat-cadre, vol. 1, Paris, Litec, 1994, p. 15 et s. Jusqu'à 1963, dans un contexte d'économie dirigée, les pouvoirs publics fixaient le prix plafond des

C'est là un véritable revirement pour une jurisprudence qui s'appuyait constamment sur la position dominante d'une des parties pour annuler, les contrats-cadre dans lesquels le prix était à fixer ultérieurement. Et comme nous l'avons déjà dit, une telle position tend à sanctionner un abus éventuel et non avéré. Ce qui est contestable comme nous l'avons déjà montré. Ainsi désormais, aucune annulation ne frappera le contrat pour abus éventuel. Le juge n'annulera le contrat que pour abus dans la fixation du prix<sup>508</sup>, autrement dit, pour abus effectif. En conséquence il n'est même pas nécessaire que le contrat-cadre contienne un mécanisme de détermination du prix. Un tel abus est lui-même à considérer comme caractérisant la mauvaise foi dans l'exécution du contrat<sup>509</sup>. Le contrôle ainsi ouvert au juge du fond semble l'inviter non pas à s'immiscer directement dans la fixation du prix, mais à apprécier si le niveau de prix pratiqué par le fournisseur est compatible avec une exécution de bonne foi du contrat.

---

carburants à tous les stades de la distribution: il existait donc un prix plafond administré de vente par le grossiste au détaillant et par le détaillant au client final, assurant un partage de la marge de distribution. En mai 1963, les pouvoirs publics amorcent un début de libéralisation en ne fixant plus qu'une marge globale fusionnée de distribution, que le grossiste et le détaillant ont désormais vocation à se répartir. Les pompistes liés en général par une clause d'exclusivité, ont alors développé la thèse suivante: «Les contrats d'exclusivité ont été signés à une époque où les pouvoirs publics fixaient le prix de vente plafond du grossiste détaillant. Depuis l'arrêt dit de «fusion des marges», cette pratique a cessé. Mais au lieu qu'un nouveau prix soit fixé après des négociations entre les deux parties, les compagnies pétrolières ont unilatéralement imposé leur tarif. Ce dernier ne correspond pas au marché mais à la seule volonté des fournisseurs qui ont tous proposé le même prix. Ils abusent de leur force économique dans leurs relations contractuelles avec les pompistes. Il faut donc libérer les détaillants» (Jean Thérard, En toute franchise et sans Concession, Paris, Presse du Management, 1989, p. 38 ). C'est cette thèse là que la Cour de Cassation a régulièrement cautionné jusqu'aux décisions du 1er décembre 1995.

<sup>508</sup> Voir respectivement, la première (1ère), la troisième (3è) et la quatrième (4ème) espèce: Sté Compagnie française de téléphone c. Sté Bechtel France; SA Compagnie Atlantique de téléphone c. SA Sumaco; Vassali c. Gagnaire, supra note 207.

<sup>509</sup> Ibid. Ces trois espèces ont visé les articles 1134 et 1135 du Code civil français. Le premier des deux textes affirmant le principe du *pacta sunt servanda* et le second insistant sur la nécessité en outre sur l'importance d'exécuter de bonne foi, les obligations que l'on a contractées.

La portée exacte d'un tel contrôle peut encore mieux être cernée si l'on se réfère à l'arrêt *Huard* rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 3 novembre 1992<sup>510</sup>. À la suite de la libération totale du prix des carburants en 1985, la pétrolière BP s'est trouvée à faire face à la vive concurrence des grandes surfaces, comme toutes les sociétés pétrolières. Ces dernières ont alors décidé de proposer à certains de leurs détaillants, jusqu'alors revendeurs, des contrats de mandat ou de commission permettant de pratiquer localement à l'égard du client final des prix de vente compétitifs à l'égard de ceux de la grande distribution, sans avoir à abaisser systématiquement le prix d'achat résultant des conditions générales applicables aux pompistes signataires de contrat de revendeur exclusif. Toutefois, dans certaines zones, des pompistes revendeurs et commissionnaires de la même marque se sont retrouvés en concurrence. C'est ainsi que la station *Huard* a dû faire face à la concurrence d'une station BP voisine qui, courant 1985-1986, pratiquait comme commissionnaire des prix de vente au client inférieurs au prix d'achat qu'elle se voyait elle-même appliquer par BP en tant qu'acheteur revendeur. Cette situation n'est pas considérée comme une pratique discriminatoire au sens du droit de la concurrence qui ne vise que les ventes entre entreprises.

Elle ne pouvait davantage être appréhendée sur le terrain de la concurrence déloyale, car les litrages perdus par la station *Huard* n'étaient pas nécessairement repris par sa voisine commissionnaire de la même marque, les deux stations se trouvant soumises à la concurrence d'une grande surface toute proche.

---

<sup>510</sup> Cour d'appel de Paris, 31 mai 1990, 5<sup>e</sup> chambre C, inédit; Cass. Com., Bull. civ. IV, no 338.

D'où le recours à la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat de revendeur de marque, non pas pour obtenir la fixation judiciaire d'un prix différent de celui effectivement appliqué par BP, mais pour faire constater qu'en appliquant ses conditions générales de vente à la station *Huard*, liée par un engagement d'exclusivité, BP la mettait dans l'impossibilité de pratiquer un niveau de prix concurrentiel dont elle reconnaissait la nécessité en le pratiquant elle-même par l'intermédiaire de son commissionnaire voisin.

En considérant que, dans ce contexte, la société pétrolière n'avait pas exécuté de bonne foi le contrat, la Chambre commerciale n'a donc pas exercé un contrôle direct du prix, mais un contrôle de la mauvaise exécution du contrat-cadre en raison d'un prix qui, non discriminatoire au sens du droit de la concurrence, n'en déséquilibrait pas moins la relation d'exclusivité initialement convenue. Autrement dit, sans abus, la Cour eût maintenu la validité du contrat. C'est dire que ce qui importe désormais, c'est la manière dont la partie en position de domination use de cette position. On n'annulera pas le contrat-cadre parce que le prix des contrats d'application étant remis à plus tard, on doit en déduire systématiquement que la partie en position de force en abusera, sans même être certain qu'il en sera effectivement ainsi <sup>511</sup>. Ce n'est plus la formation sur la formation des contrats-cadre que le juge français concentre son attention, mais plutôt sur l'exécution.

---

<sup>511</sup> Cass. Com., 21 juin 1976, J.C.P., 1978, II, 18984, note Albala de Corneveaux; Cass. Com., 11 octobre (2 espèces), J.C.P., 1979, II, 19034, note Loussouarn; Cass. Com., 27 avril 1981, Bull. civ., IV, no. 188; Cass. Com., 29 juin 1981, IV, 339; Cass. Com., 25 janvier 1982, Bull. civ., no. 26.

Il reconnaît par la même occasion que les contrats-cadre ne sont pas des contrats de vente, mais il reconnaît également que l'article 1129 autrefois utilisé pour l'annulation pour indétermination du prix était un mauvais fondement<sup>512</sup>. Il ne faut donc pas se surprendre que la Haute juridiction ait affirmé dans l'une des espèces rendues le premier (1er) décembre 1995<sup>513</sup>, «l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix [...]».

Par ailleurs, on ne s'étonnera guère alors qu'il soit permis qu'une seule des parties puissent fixer le prix, sans pour autant que cela conduise à la nullité du contrat-cadre<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> En effet, la lecture de l'article 1129 suffit à révéler qu'il ne vise pas la détermination du prix. Une exégèse plus poussée du texte ne peut que confirmer dans l'idée qu'il vise la chose et non le prix, puisqu'il dispose que la chose doit être déterminée dans son espèce et dans sa quotité. Voir dans le même sens Y. Loussouarn, supra note 487.

<sup>513</sup> La 2<sup>e</sup>: SNC le Montparnasse c. Sté GST Alcatel Bretagne, supra.

<sup>514</sup> Déjà auparavant, préoccupé de sévir contre l'arbitraire du fournisseur dans les contrats qui prévoyaient une fixation du prix par référence au tarif que ce dernier pratiquait au moment de la commande, la jurisprudence avait eu recours à la notion de potestativité de l'article 1174 du Code civil français suivant lequel «toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige». Ainsi, régulièrement, les contrats-cadre assortis d'une clause d'exclusivité d'achat subissaient le jugement selon lequel, «l'obligation d'acheter exclusivement, [...] revêtait un caractère potestatif et laissait au fournisseur la possibilité de vendre à un prix dépendant de sa seule volonté» (Com. 27 avril 1981, Bull. Civ. IV, no.89; Com. 25 janvier 1982, Bull. Civ. IV, p. 19; Com. 11 janvier 1984, Bull. Civ. No. 17; Com. 25 février 1986, Bull. Civ. IV, no. 35; Com 1er décembre 1981, Bull. Civ. IV, no. 423; Com. 12 janvier 1988, Bull. Civ. IV, no. 31; Com 3 janvier 1989, Lettre de la distribution, 1989. 2). Certaines critiques se sont faites jour, contre cette utilisation élastique de l'article 1174. On avait en particulier soutenu que la condition potestative, étant une cause de nullité seulement quand elle est potestative de la part de celui qui s'oblige et non de la part de celui envers qui l'obligation est contractée, la nullité ne saurait être invoquée contre le fournisseur créancier de l'obligation d'acheter et donc de payer le prix des produits vendus (voir J.-J. Barbiéri, «La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif», (1983), RJC, 338; M.-A. Frison-Roche, «L'indétermination du prix», (1992) RTD civ., 290). Cependant, l'application de l'article 1174, fortement encouragée par certains auteurs ( J.Ghestin, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative» (1973) Dalloz, 296, et «La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 c., civ.» Mélanges Weill, 1983 J. Bélot, «La détermination du prix dans les contrats»,(1982) Rev. Rech. Jur., p. 370), avait été largement cautionnée par la doctrine dominante (Bouloc, obs. (1990) R.T.D.C., p. 458; F. Collart-dutilleul et Ph. Delebecque, Contrat civils et commerciaux, Dalloz 1991, p. 109; Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil. Les obligations, Cujas 4<sup>e</sup> éd., nos. 488 et 112). Au demeurant, la jurisprudence ne fondait pas la nullité pour indétermination du prix



L'autre innovation liée aux arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 vient de ce que, désormais, une fois l'abus constaté, il donne lieu à résiliation ou indemnisation<sup>515</sup>. Dans le droit antérieur, l'effet était radical, la nullité affectait l'ensemble des contrats d'application qui avaient d'ores et déjà été conclus et exécutés, car, il fallait replacer dans les conditions dans lesquelles elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté. Avec la solution de la résiliation désormais adoptée, les contrats d'application déjà conclus et exécutés subsistent, la résiliation ne jouant que pour l'avenir<sup>516</sup>. Ce que La Haute Juridiction vient d'accomplir, c'est rompre avec une jurisprudence de plus de trente (30) ans qui affirmait sans cesse que le prix constituait un élément de validité des contrats-cadres, et devait donc être prédéterminé de manière non arbitraire. S'y attache donc également une véritable consécration du pouvoir pour une partie au contrat-cadre de fixer ultérieurement, le prix des contrats d'application<sup>517</sup>.

---

sur l'article 1174. Elle estimait que le caractère potestatif de la convention laissant la totale maîtrise du prix au fournisseur, pouvait justifier que soit prononcée la nullité pour indétermination du prix au sens des articles 1591 et 1129 du Code civil français. À l'inverse, la convention était valable lorsque le prix était fixé de manière non potestative par le fournisseur. Ainsi, il était jugé que la détermination unilatérale du prix ne soulevait aucun grief lorsqu'elle reposait sur «des éléments de référence sérieux, précis et objectif rendant la fixation du prix indépendante de la seule volonté du fournisseur» (Civ. 5 juillet 1955, Bull. civ. I, no. 282; Civ. 20 juin 1956, Bull. civ. No. 254; Civ. 26 mars 1969, Bull., civ. III, no. 265; Com. 11 décembre 1978, Bull. Civ. IV, no. 303; Com. 30 juin 1992, Dalloz 1992, sommaire 391, obs. Perrier), En somme par le biais des articles 1591 et 1129, la jurisprudence parvenait à ses fins, annuler le contrat-cadre sous prétexte d'indétermination du prix, mais en réalité à cause de la position dominante d'une des parties, surtout si c'est à celle-ci que revient de fixer le prix (la référence au prix -catalogue par exemple). Désormais, par le recours à la technique de l'abus dans la fixation du prix, la jurisprudence française admet même la fixation unilatérale non convenue par les parties. Elle vérifiera toutefois si en pratique cela ne conduit pas à un abus de la part de la partie en position dominante. Voir également, D. Perrier, «Les apports au droit commun» dans La détermination du prix: nouveaux enjeux, *supra* note 62.

<sup>515</sup> Cela ressort des quatre espèces, *supra* note 506.

<sup>516</sup> Voir C. Jamin, «Les apports au droit des contrats-cadre» dans La détermination du prix nouveaux enjeux, *supra* note 62.

<sup>517</sup> D'abord parce que l'abus étant le fait commis par une des parties au détriment de l'autre, l'abus dans la fixation du prix suppose forcément le pouvoir de fixation du prix. Ainsi donc, l'éventualité de l'abus révèle d'abord le pouvoir dont il vient limiter l'exercice. Ensuite parce que dans la quatrième espèce (Yassali), la Haute Juridiction énonce expressément que «La clause d'un contrat de franchise faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat».

La nouvelle solution été rendue à propos des contrats -cadre<sup>518</sup>, mais elle est généralisable à l'ensemble des contrats comme l'exprime d'ailleurs la réserve évoquant l'existence de «dispositions légales particulières»<sup>519</sup>.

Seuls donc les contrats clairement soumis à l'exigence de détermination ou de déterminabilité, devront continuer à la respecter. C'est le cas des contrats de vente<sup>520</sup>. C'est dire que le nouveau virage pris en France, ne s'inscrit guère dans le prolongement de l'article 55 de la Convention de Vienne, puisque précisément, en droit français, le contrat de vente demeure soumis à l'exigence d'une prédétermination du prix<sup>521</sup>. Le droit français de la vente reste toujours aussi rigide que nous l'avons déjà dit. Et pourtant, nous persistons à croire qu'il devrait faire plus confiance à la sagesse des parties et abandonner son dogmatisme en la matière. Les droits anglais et américain ne s'en portent pas plus mal malgré leur orientation pragmatique et souple. Bien au contraire. Malgré tout, il faut peut-être voir dans ce revirement, le début d'un mouvement plus ample qui pourrait conduire vers des positions proches ou même identiques à celle de la *Common Law*.

---

Voir dans le même sens, L. Aynès, Dalloz 1996, p. 1.

<sup>518</sup> Jamin, supra note 62

<sup>519</sup> «Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la conventions initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci» (3<sup>e</sup> espèce SA Compagnie Atlantique de téléphone c. SA Sumaco, supra); J. Ghestin, obs, J.C.P., 1995. II. 22565; L. Aynès, supra note 517, p. 20; M. Bandrac, «Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'assemblée plénière du 1er décembre 1995, (1996) Cah. dr. entr., p. 39.

<sup>520</sup> Voir les articles 1583, 1591 et 1592 du Code civil français.

<sup>521</sup> Il a été au demeurant relevé que, l'expression «valablement conclue» signifiait que le prix devait, en conséquence, être déterminé et ruinait donc l'application de ce dispositif en droit français, D. Tallon, supra note 195, p. 54.

L'avenir nous le dira. Certes le droit français de la vente reste toujours aussi rigide sur la question de la détermination du prix. Toutefois, à la suite des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, il faut bien admettre que le droit français a perdu un peu de sa rigidité, et ce n'est peut-être qu'un début.

Si nous nous sommes étendus sur le droit français et dans une moindre mesure le droit belge, nous ne le ferons pas pour tous les autres qui admettent que le prix puisse être laissé à la détermination de l'une des parties pourvu qu'elle le fixe raisonnablement (Nous en avons traité plus haut).

Il est évident qu'avec une telle "disposition d'esprit", ces droits n'annuleront pas les contrats-cadre parce qu'une des parties est en position dominante, pas plus qu'ils ne feront de la détermination du prix, une condition de validité de ces contrats-cadre. Même en matière de vente, ces droits acceptent que le prix puisse être déterminé ultérieurement et valident l'entente. Et quand bien-même par la suite le prix n'est pas déterminé, il suffit de payer un prix raisonnable. Il en découle que dans ces droits le contrat-cadre ne sera annulé qu'en cas d'iniquité patente. La décision anglaise Shell (U.K.) Ltd. v. Lostock Garage Ltd.<sup>522</sup> est de nature à confirmer nos affirmations. Dans cette affaire, le juge a rejeté la requête en injonction à l'encontre d'un pompiste ne respectant pas son obligation d'approvisionnement exclusif au motif que cela aurait été inéquitable, d'autant plus que la compagnie pétrolière pratiquait une politique discriminatoire qui n'était pas sans préjudice pour le pompiste. *A contrario*, si cette inéquité n'avait pas été constatée le juge eût accordé l'injonction, c'est-à-dire, obligé le pompiste à respecter le contrat-cadre dans toute son intégrité.

---

<sup>522</sup> (1977) 1 All. E.R. 481.

Le droit québécois admet les contrats d'approvisionnement dans lesquels le prix ne dépend pas que d'une seule partie, où le prix est raisonnable, non arbitraire<sup>523</sup>. Il est à espérer que si la question de la nullité d'un contrat d'approvisionnement exclusif pour indétermination du prix est soumise au juge québécois, il ne fera droit à cette demande qu'en cas d'abus effectif.

Pour conclure cette sous-partie, il faut faire le constat que le droit français tient en haute estime la référence au prix du marché. Encore qu'il ne doit pas s'agir d'un pseudo marché. Ce que seuls des éléments «sérieux, précis et objectifs» permettraient d'apprécier. Le droit français n'admet guère que le prix soit fixé unilatéralement par une des parties. Il est hostile à l'influence d'une des parties sur la détermination du prix. Toutefois, il valide une telle détermination si tant est que cette influence ne peut s'exercer de façon arbitraire. Le droit français en est même arrivé à annuler les contrats-cadre, en présumant l'abus éventuel des fournisseurs à partir de leur position dominante. Ce droit semblait donc perdre de vue qu'un prix peut être fixé par une seule des parties au contrat sans pour autant être inéquitable. De plus, si c'est contractuellement que cette partie acquiert cette prérogative (si c'est le tiers qui, de par l'exercice de sa mission, fait dépendre le prix d'un élément qui dépend de cette partie), il est non seulement valable suivant l'article 1134 du Code civil français<sup>524</sup>, mais aussi conforme à l'article 1174 du même Code<sup>525</sup> dans la mesure où il n'y a pas d'abus.

---

<sup>523</sup> Voir D.-C. Lamontagne, supra note 33.

<sup>524</sup> «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que dans leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.»

<sup>525</sup> «Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.»

À l'inverse un prix directement fixé par les parties dans leur contrat peut parfaitement être disproportionné, sous réserve du respect de la loi et de l'ordre public. Les droits américains, anglais, tous les droits qui admettent la fixation unilatérale du prix semblent avoir compris cela. Et c'est louable dans le contexte du commerce international. En fait, ce qu'il convient de faire, c'est de repousser au maximum les limites de l'annulation des contrats commerciaux. Dans cet esprit c'est au niveau de l'abus effectif qu'il faut se placer pour sanctionner et non au niveau de l'abus éventuel.

C'est précisément la voie adoptée par le revirement opéré le 1er décembre 1995. Par ailleurs, il faut certes toujours maintenir l'idée que le contrat doit être le fruit de la volonté égale et libre des parties. Mais cela n'est pas remis en cause si pour des raisons de commodité commerciale, les parties confient directement ou indirectement (si c'est le tiers qu'elles ont désigné qui fait dépendre le prix de l'une d'entre d'elles), la détermination du prix à l'une d'entre elles. Il suffit que cette détermination ne soit pas laissée à sa discrétion. Il faut à présent préciser que dans l'exercice de sa mission, le tiers doit tenir compte de tous les frais accessoires. Il est vrai qu'en pratique, les contrats comportent des dispositions organisant la répartition *inter partes* des frais<sup>526</sup>. Il faut souligner que l'application de la Convention de Vienne, ne suffit pas à couvrir cette question d'autant plus que c'est partiellement qu'elle l'aborde. Le principe qu'elle pose se trouve à l'article 56 qui dispose:

«Si le prix est fixé d'après le poids des marchandises, c'est le poids net qui, en cas de doute, détermine ce prix».

---

<sup>526</sup> Elles insèrent très souvent des incoterms (ou se soumettent à des conditions générales). Sur ces clauses, voir Incoterms C.C.I Paris, 1990.

Autant dire suivant cette disposition que ce n'est pas à l'acheteur de payer le prix de l'emballage<sup>527</sup>. Sur les autres éléments qui participent du prix, la Convention est muette. Nous pensons à l'assurance, le transport des marchandises<sup>528</sup>, dont les parties doivent elle-mêmes aménager les coûts à moins que des conditions générales réglementent déjà leurs transactions.

Il serait également légitime de comprendre dans le prix, toutes les obligations qui sont à la charge du vendeur<sup>529</sup>. Par ailleurs, suivant l'article 54 de la Convention de Vienne:

«L'obligation qu'a l'acheteur de payer le prix comprend celle de prendre les mesures et d'accomplir les formalités destinées à permettre le paiement du prix qui sont prévues par le contrat ou par les lois ou les règlements».

Il peut donc s'agir de la:

«demande d'une lettre de crédit ou d'une garantie bancaire de paiement, l'enregistrement du contrat auprès d'une administration ou d'une banque, la demande de devises étrangères ou de l'autorisation de transférer le montant du paiement à l'étranger»<sup>530</sup>.

---

<sup>527</sup> Texte du projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises approuvé par la commission des Nations-Unies pour la Commission des Nations-Unies pour le Droit commercial international/ et accompagné du commentaire établi par le secrétariat, Nations Unies, Assemblée générale A/ Conf. 97/5, 14 mars 1979. Français, original: anglais.

<sup>528</sup> P. Kahn, La vente commerciale internationale, *supra* note 3, p. 167 à 168.

<sup>529</sup> Voir à ce sujet, Philippe Kahn, «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur le contratsde vente internationale de marchandises», (1981) Rev Inter. de dt. comp., p. 981.

<sup>530</sup> Claude Samson, (1984) 23 C. de D., 919.

Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultats<sup>531</sup>.

Il y a aussi d'autres frais administratifs qu'il convient de considérer dans la détermination du prix: les frais d'établissement de factures consulaires, de certificats d'origine, de certificats phytosanitaires, les frais de contrôle, les frais d'obtention du connaissement en cas de vente F.O.B., les frais de légalisation de document, les frais d'étude et de fourniture de documents<sup>532</sup>, etc.

La pratique révèle que les parties recourent fréquemment aux Incoterms (C. C .I. 1990) pour organiser les différents frais et risques relatifs à l'exécution de la livraison. Ainsi en cas de vente FOB, la marchandise doit être placée à bord du navire par le vendeur au port d'embarquement désigné dans le contrat de vente. Et c'est l'acheteur qui choisit le navire et paye le fret maritime. Le transfert de frais et de risques entre vendeur et acheteur se fait lorsque la marchandise passe le bastingage du navire. Les formalités d'exportation incombent au vendeur. Dans une vente CIF, c'est le vendeur qui choisit le navire et paye le fret maritime jusqu'au port convenu. Le chargement sur le navire étant à la charge du vendeur. Formalités d'exportation également. C'est le vendeur qui doit fournir une assurance maritime contre le risque de perte ou de dommages aux marchandises en cours de transport maritime. C'est lui qui paye la prime mais la marchandise voyage aux risques et périls de l'acheteur. Le risque de perte ou de dommages aux marchandises ainsi que toute augmentation des frais est transféré du vendeur à l'acheteur lorsque la marchandise passe le bastingage du navire au port d'embarquement. Le point du transfert de risque est donc le même qu'en FOB.

---

<sup>531</sup> P. Kahn, *supra* note 3. p. 125.

<sup>532</sup> P. Kahn, *ibid*, p. 172 et ss.

Il est donc tout à fait normal que dans les deux exemples (vente FOB, vente CIF), vendeur et acheteur fassent prendre en considération, dans la fixation du prix de vente, leurs charges respectives.

Il faut donc avoir à l'esprit que la fixation du prix est en relation avec l'organisation de la livraison de la marchandise objet de la vente. À présent, interrogeons-nous sur les cas où, bien qu'ayant été désigné, le tiers ne fixe pas le prix, ou bien il le fixe, mais une des parties se déclare insatisfaite. Qu'advierait-il alors de la vente?

#### **Section IV De la non fixation du prix et de sa contestation.**

##### **I Le défaut de fixation du prix.**

Au regard de la conséquence d'un défaut de fixation du prix par le tiers désigné, les droits nationaux peuvent être classés en deux catégories; certains annulent la vente tandis que d'autres tentent de la sauver.

##### **1 L'inexistence du contrat.**

Le noyau dur de cette catégorie est, encore une fois, constitué par le droit français. Ce droit affirme de façon tout aussi brutale que laconique, que:

«Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente» (article 1592 du Code civil français)<sup>533</sup>.

---

<sup>533</sup> C'est le même libellé en droit belge.



La seule façon d'éviter l'effet de cette disposition est de prévoir une clause de remplacement du tiers défaillant. Le droit anglais est aussi en principe opposé au maintien de la vente dans un tel cas. L'alinéa 1er de l'article 9 du Sale of Goods Act dispose en substance, que la défaillance du tiers entraîne la nullité de la vente<sup>534</sup>.

Il semble que cette solution de principe soit la position générale de la *Common Law*<sup>535</sup>. Pour ce qui est du droit américain, il faut rappeler qu'avant l'avènement du Uniform Commercial Code, la jurisprudence invalidait les ententes qui contenaient un mécanisme de fixation du prix de vente par un tiers et qui s'enrayait par la suite. Cette jurisprudence a été fortement critiquée. L'un des arguments qui soutenaient ces critiques, était que le mécanisme en question pouvait très bien n'avoir représenté dans l'esprit des parties qu'un moyen pour parvenir à la fixation d'un juste prix. Autant dire que la doctrine d'alors estimait qu'au fond, la réelle intention des parties était de voir le juge fixer un prix raisonnable en cas de dysfonctionnement du mécanisme. L'article 2-305 du Uniform Commercial Code s'est montré sensible à ces critiques. Ainsi en ses alinéas 1 et 3 on peut lire respectivement:

«Les parties peuvent, si tel est leur désir, conclure un contrat de vente sans déterminer le prix. Dans ce cas, le prix sera le prix raisonnable au moment de la délivrance [...] Lorsque le prix doit être fixé d'une autre manière que

---

<sup>534</sup> Nous faisons remarquer que le droit français conclut à l'inexistence du contrat alors que le droit anglais semble parler de nullité. Il faut cependant souligner que suivant l'al. 1 de l'art 9 précité du Sale of Goods Act, la vente est maintenue et l'acheteur doit payer un prix raisonnable si les biens lui ont été livrés et qu'il en a pris possession. Par ailleurs dans la décision Sudbrook Trading Estate Ltd v. Eggleton (*supra* note 188) qui semble indiquer une nouvelle approche, il a été retenu que la non fixation du prix par le tiers ne conduira à la nullité de la vente que si dans l'esprit des parties, l'identité du tiers en question était essentielle à la détermination du prix.

<sup>535</sup> Aux États-Unis voir Louisville Soap Co v. Taylor, 17 am. jur 2d. 788, CCA 6ty 279 F, 470. 27, ALRL 119, Stern v. Farah Bros, 17 N.M. 516, 133 P. 400 (1913). Voir A. Farnsworth, *supra* note 88, p. 645.

par l'accord des parties et qu'il ne l'est pas par la faute de l'une d'elles, l'autre peut soit considérer le contrat comme résilié pour inexécution, soit fixer elle-même un prix raisonnable [...]».

De ces dispositions, et surtout en tenant compte du contexte dans lequel l'article 2-305 du Uniform Commercial Code est apparu, nous pouvons inférer que la mission du tiers peut être vu comme devant déboucher sur la fixation d'un prix raisonnable, de sorte qu'en cas de défaillance de sa part, le juge peut intervenir pour fixer un prix qu'il aura jugé raisonnable.

Cependant, à l'inverse du droit français, l'article 9 al 1 du Sale of Goods Act prévoit que la vente est maintenue, et l'acheteur doit payer un prix raisonnable, si les biens lui ont été livrés et qu'il en a pris possession. Quant à l'alinéa 2 de ce texte, il dispose:

«Quand le tiers est empêché de faire l'évaluation par la faute du vendeur ou de l'acheteur, la partie non coupable peut intenter une action en dommage-intérêt contre la partie coupable»<sup>536</sup>.

En plus des tempéraments ainsi apportés, il ne serait pas surprenant que le juge anglais poursuive l'approche Sudbrook<sup>537</sup> de sorte que la non fixation du prix par le tiers dûment désigné, n'entraîne la nullité de la vente que si dans l'esprit des parties, l'identité dudit tiers était essentielle à la détermination du prix. En droit québécois, aucun texte n'aborde spécifiquement cette question.

---

<sup>536</sup> Nous avons emprunté cette traduction à Denis Tallon, supra note 195, p. 125.

<sup>537</sup> Nous avons détaillé cette approche à la note 126.

Au regard des quelques autorités existantes<sup>538</sup> et qui entérinent les règles françaises, nous avons pu constater que si le prix n'est pas déterminé ou déterminable, il n'y a pas de vente. En conséquence, il convient d'affirmer qu'en droit québécois, si le tiers désigné ne détermine pas le prix, ne le rend même pas déterminable, il n'y aura pas de vente, puisque nous serions revenus à un cas de vente sans prix déterminé. À côté de cette première tendance, il en existe une autre qui maintient le contrat même si le tiers ne procède pas à la fixation. L'Italie et l'Allemagne incarnent cette catégorie.

## 2 La sauvegarde de la vente malgré la défaillance du tiers.

Aux termes de l'article 319 du Code civil allemand (B.G.B.),

«Lorsque le tiers doit déterminer la prestation d'après une appréciation équitable, la détermination arrêtée ne lie pas les parties contractantes si elle est manifestement inéquitable. Dans ce cas, la détermination est fixée par une décision en justice; il en est de même lorsque le tiers ne peut ou ne veut pas faire la détermination ou lorsque celle-ci est retardée.

Lorsque le tiers doit fixer la détermination à sa guise, le contrat est sans effet si ce tiers ne peut ou ne veut pas faire la détermination ou si celle-ci est retardée».

La distinction contenue dans ce texte montre bien que le contrat (ce texte remarquons-le a trait aux contrats en général, donc à la vente aussi) ne sera annulé en cas de défaillance du tiers, que si la détermination du prix a été laissée au libre-arbitre de ce dernier.

---

<sup>538</sup> T. Rousseau-Houle, supra note 32, p. 80; M. Pourcelet, supra, note 33, p. 79; Beaudouin c. Rodrigue, supra note 39; Laboratoires Abbott Ltée c. Ahuja, supra note 34; D.-C. Lamontagne, supra note 33; P.-G. Jobin, supra note 33.

Mais, dès lors que le tiers n'a pas un tel libre-arbitre et qu'il est obligé de fixer un prix équitable, ce qui est la règle, un défaut de sa part entraînera l'intervention d'une décision de justice pour suppléer. Une lecture de l'article 1349 du Code civil (texte relatif aux contrats en général) permet d'affirmer que pareille solution se rencontre également en droit italien. Ce texte stipule que:

«Si la détermination de l'objet formant l'objet du contrat est déferée à un tiers et s'il n'appert pas que les parties ont voulu s'en remettre à son seul arbitre, ce tiers doit procéder de façon équitable. Si la détermination du tiers fait défaut ou si elle est manifestement inique ou erronée, la détermination est faite par le juge.

La détermination déferée au seul arbitre du tiers ne peut être attaquée si la mauvaise foi n'est pas prouvée. Si la détermination du tiers fait défaut et que les parties ne se mettent pas d'accord pour le remplacer, le contrat est nul. Pour déterminer la prestation, le tiers doit également tenir compte des conditions générales de la production à laquelle le contrat se réfère éventuellement».

Il en découle que dans les cas où la détermination de l'objet du contrat est laissée au seul libre arbitre du tiers, un défaut de sa part, non corrigé par les parties, entraînera la nullité du contrat. A côté de cette disposition, il existe l'article 1473 du Code civil qui a trait spécifiquement à la vente. Il dispose:

«Les parties peuvent laisser la détermination du prix à un tiers, choisi dans le contrat ou à choisir ultérieurement. Si le tiers ne veut ou ne peut accepter la charge, ou si les parties ne s'accordent pas sur sa nomination ou sa substitution, la nomination, à la demande de l'une des parties, est faite par le président du lieu où a été conclu le contrat».

Comme nous pouvons le constater, ce texte à la différence du premier, ne distingue pas entre le cas où le tiers ne veut ou ne peut accepter la mission, et celui où les parties ne s'accordent pas sur sa nomination ou son remplacement. Pour tous ces cas, il prévoit un mécanisme correcteur: la nomination du tiers par le tribunal du lieu où a été conclu le contrat, à la demande de l'une des parties.

C'est d'ailleurs là une certaine ressemblance avec l'article 1349 précité qui, dans l'hypothèse où la détermination de l'objet du contrat est déferée au seul libre arbitre du tiers, ne prévoit la nullité du contrat en cas de défaut de ce tiers, que si les parties ne se mettent pas d'accord pour le remplacer. Les parties peuvent donc empêcher la nullité si elle corrige le défaut.

Cela relève d'ailleurs de l'autonomie de leur volonté. Selon Denis Tallon, l'opinion dominante dans la doctrine italienne est que les règles de l'article 1349 viennent en complément de celle de l'article 1473<sup>539</sup>. Ce qui en pratique reviendrait à dire que la nullité est une solution ultime puisque les parties peuvent se mettre d'accord pour corriger la défaillance du tiers (article 1349 du Code civil). Et même si elles ne s'accordent pas sur sa nomination ou sa substitution, le président du tribunal du lieu où a été conclu le contrat peut le faire à leur place, à la demande de l'une d'entre elles (article 1473 du Code civil). En droit italien la tendance est donc à la sauvegarde du contrat comme en droit allemand. Que se passera-t-il si le tiers détermine le prix et que l'une des parties n'accepte pas sa décision?

---

<sup>539</sup> Supra note 195, p. 101. Il cite P. Perlingieri (Codice civile annotato, 6 vol., Turin, Utet, 1983) pour ses commentaires sous l'article 1473 du Code civil

## II De la contestation du prix fixé.

Il ne s'agit pas ici de traiter des recours des parties contre le tiers qui dans tous les cas, engage sa responsabilité contractuelle en vertu de la mission qui le lie aux parties. Ce seront alors les règles du contrat qui devront s'appliquer<sup>540</sup>.

Le point que nous abordons ici est celui de la contestation du prix c'est-à-dire du recours éventuel des parties devant tribunaux contre le prix fixé par le tiers. Rappelons que le tiers chargé de fixer le prix peut selon les cas être appréhendé comme rendant une expertise irrévocable ou une sentence arbitrale<sup>541</sup>. Dans ces conditions, les parties peuvent-elles valablement agir en justice ou autrement, contre le prix tel que fixé par le tiers? Le droit français restreint la possibilité de contestation à des cas bien précis. La Cour de cassation a cette formule:

«en remettant à l'estimation d'un tiers, conformément à l'article 1592 du Code civil, la fixation du prix, les parties ont fait de sa décision leur loi: à défaut d'allégation d'une erreur substantielle ou de dol, il n'appartient pas au juge, en le modifiant, de leur imposer une convention différente de celle qu'elles avaient établie»<sup>542</sup>.

---

<sup>540</sup> En droit québécois, Baudouin, *supra* 468; En *Common Law*, David, *supra* note 112, Jolowicz, *supra* note 101, En droit français voir Flour et Aubert, *supra* note 668. Il faut préciser pour le droit anglais que la Chambre des Lords a tourné la page de la jurisprudence ancienne selon laquelle les personnes qui sont en position d'arbitre sans pour autant l'être, bénéficient de l'immunité réservée aux arbitres. Désormais, un *valuer* est responsable de sa négligence. Voir à ce sujet, *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.* (1975), 3 All. E.R. 901 (HL).

<sup>541</sup> Une sentence internationale est en principe sans recours, c'est-à-dire définitive. Elle peut néanmoins être rectifiée ou annulée pour des motifs précis.

<sup>542</sup> Cass. com., 6 juin 1950, B. II, no. 205, p. 141; Cass. com., 3 nov. 1952, B. III, no. 333, p. 257.

Il en découle la règle suivante: en principe, les parties n'ont pas le droit de contester le prix tel que fixé par le tiers qu'elles ont désigné. La règle ainsi posée a cependant des limites comme nous venons de le voir. En effet, en cas d'erreur substantielle ou de dol, le droit français déduit que la vente est viciée et la déclarera nulle. Certaines décisions ont même exigé une erreur grossière (souligné par nous)<sup>543</sup>. La violence a été également visée par d'autres arrêts<sup>544</sup>. Quant au droit belge, De Page le résume ainsi:

«Puisqu'il y a convention quant à l'estimation d'un prix par un tiers, il se conçoit très normalement que cette estimation est définitive, même s'il y a disproportion évidente entre le prix et la valeur de la chose. C'est l'application pure et simple de l'article 1134 du Code civil. Il n'y a d'exception que s' il y a erreur grossière du tiers ou dol ou dépassement du mandat»<sup>545</sup>.

De façon classique, la *Common Law* n'admet pour permettre la contestation du prix, que le dol ou la fraude<sup>546</sup>. Elle a également retenu l'erreur de calcul que l'on peut constater à partir des bases de calcul fournies par le tiers ainsi que les raisons qui l'ont mené à ce choix<sup>547</sup>.

---

<sup>543</sup> Il s'agit d'arrêts rendus à propos de cessions de parts sociales: Cass. com., 22 avril 1976, B. IV, no. 129, p. 110; Cass. com., 4 novembre 1987, B. IV, no. 226, p. 168, J.C.P., 1988. II. 21050 note A. Viandier.

<sup>544</sup> Cass. com., 12 novembre 1962, D. 63, Som. 63.

<sup>545</sup> H. De Page, *supra* note 19, pp. 78-79.

<sup>546</sup> Treitel *The Law of Contract*, 7<sup>e</sup> éd. 1987, p. 237.

<sup>547</sup> *Campbell v. Edwards*, (1976), 1 All E.R. 788<sup>e</sup>, en particulier le *dictum* de Lord Denning.

Les solutions qui précèdent sont applicables au droit américain<sup>548</sup> d'avant le Uniform Commercial Code. Toutefois nous soulignons que vu l'esprit général de l'article 2-305 précité du Uniform Commercial Code, qui est d'apporter des palliatifs raisonnables à certains silences des parties ou à la défaillance du tiers qu'elles ont désigné, le juge américain devrait pouvoir intervenir pour fixer un prix raisonnable en cas de contestation fondée. Quant au juge anglais, il peut s'inspirer de la jurisprudence Sudbrook (détaillée aux pages 52- 53) pour se substituer au tiers et fixer un prix raisonnable, en cas de contestation fondée.

Les droits allemand et italien sont ici encore très proches. Ainsi, si le prix devait être fixé en équité, la contestation est admise. Encore qu'il faut que la détermination soit manifestement inique (l'article 319 al. 1 précité du Code civil allemand et l'article 1349 al. 1 également précité du Code civil italien). Si la détermination est laissée au libre arbitre du tiers, les droits allemand et italien refusent sa contestation. Le refus du droit italien disparaîtra devant la preuve établie de la mauvaise foi du tiers (l'alinéa 2 de l'article 1349 précité du Code civil italien). Pour ce qui est du droit allemand, il reste toujours possible d'annuler la détermination si elle viole les dispositions des articles 134 (contrariété à l'ordre public) et 138 (contrariété aux bonnes mœurs).

## **Section V De la responsabilité du tiers.**

Il s'agit ici d'étudier la possibilité pour les parties d'engager la responsabilité du tiers qu'elles ont chargé pour déterminer le prix de la vente à conclure. La question de la contestation du prix doit être distinguée de celle de la responsabilité du tiers.

---

<sup>548</sup> San Martine Compania de Navegacion S.A. v. Saguenay Terminals Ltd, 293 F 796 (9th Circuit, 1961), New England Trust Co. v. Abbott, 162 Mass. 148, 38 NE 432.



La première vise à faire revoir le prix qui provoque l'insatisfaction. Ainsi une des parties peut contester le prix sans pour autant chercher forcément à engager la responsabilité du tiers. Qui plus est, les conditions de la responsabilité (un préjudice, un fait qui en soit le générateur et un lien de causalité entre les deux) sont différentes de celles susceptibles de fonder la contestation du prix (erreur grossière ou substantielle, dol, dépassement de la mission, fraude). Il est cependant vrai qu'une contestation du prix, si elle est fondée, peut servir de base pour une action en responsabilité. Ce sera le cas si la partie contestataire peut établir que le prix qu'il conteste est issu d'une faute du tiers (par exemple que ce dernier a manifestement voulu le léser) et que cela lui a causé préjudice.

Dans un tel cas, en plus d'être admise à contester le prix, la partie contestataire peut parfaitement être admise à engager la responsabilité civile du tiers. Cela dit, rappelons que comme nous l'avons déjà indiqué, le tiers en question peut parfaitement être vu comme un expert. Sa mission est de déterminer le prix qui une fois connu scellera définitivement la formation de la vente, objectif contractuel ultime. Ce qui n'empêche pas les parties de se sentir d'ores et déjà liées. Nous avons aussi précisé que le tiers répond de ses agissements *ultra vires*, de ses fautes. Lui qui est chargé ni plus ni moins de fixer le prix de la vente. Il ne nous a pas échappé que le tiers chargé de fixer le prix doit le faire avec précision, c'est-à-dire d'une manière telle qu'au moment opportun, le prix puisse être connu et appliqué. Ainsi, s'il ne peut se contenter de fixer un prix plancher et un prix plafond entre lesquels les parties doivent s'accorder, il peut en revanche se limiter à rendre le prix déterminable, par exemple, le faire dépendre des cotations de la bourse. Autant dire que fixer le prix avec précision ne signifie pas que le tiers est tenu d'indiquer un montant précis.

D'ailleurs dans le contexte de la vente internationale, un tel prix chiffré fluctuera bien souvent si aucune précaution n'est prise pour éviter cela. Dans l'accomplissement de sa mission, le tiers doit comme nous l'avons également mentionné plus haut dans cette partie de notre étude, agir avec équité, c'est-à-dire, dans le respect des intérêts respectifs du vendeur et de l'acheteur. En somme selon nous, une idée doit guider le tiers dans l'accomplissement de sa mission: ses conclusions ne doivent pas bafouer les intérêts de l'une des parties. Contrevenir à cette idée ouvre selon nous la voie à la mise en cause de la responsabilité contractuelle du tiers. Les rapports juridiques que nous analysons se situent (rapellons-le) dans un contexte international.

Aussi, avant de revenir à proprement parler sur l'étude des conditions de la responsabilité du tiers déterminateur (ou fixateur) du prix, il nous paraît nécessaire de répondre d'abord à la question de savoir comment déterminer la loi qui doit régir la responsabilité de ce tiers.

### **I La détermination du droit applicable à la responsabilité du tiers.**

Nous avons auparavant démontré que le tiers chargé de déterminer le prix en vue de compléter le contrat, peut y procéder en qualité d'expert. Il s'agit ici de l'expertise irrévocable (une mission non juridictionnelle mais strictement contractuelle). Dans cette perspective, la responsabilité du tiers est régie par le même droit que celui qui régit sa mission<sup>549</sup>.

---

<sup>549</sup> Voir «Le droit applicable» dans la Partie I.

Il ne faut pas oublier que la responsabilité de l'expert est à ranger dans les suites de l'exécution du contrat d'expertise irrévocable. En tant qu'arbitre, il est généralement admis qu'il bénéficie de l'immunité<sup>550</sup>, sauf à établir à son encontre, une manoeuvre dolosive, une mauvaise foi, en somme une faute lourde. À présent, abordons au fond la question de la responsabilité contractuelle du tiers.

## II De la responsabilité du tiers.

Pour engager la responsabilité d'un individu, il faut que soit établie à son encontre une faute de laquelle résulte un dommage (ou préjudice). C'est dire qu'il faut qu'il y ait un lien de causalité c'est-à-dire, une relation de cause à effet entre les deux<sup>551</sup>. Il s'agit donc ici de voir s'il y a des situations qui peuvent faire en sorte que l'on arrive à la conclusion que le tiers a posé un geste ou n'en a pas posé, qui a causé tort à ses cocontractants, et qui justifie que ceux-ci le poursuivent en responsabilité civile. Comme nous le mentionnions auparavant, le tiers, dans sa mission de fixateur du prix de vente doit respecter les intérêts de chacune des parties. Il faut rappeler que la mission du tiers est précise: fixer le prix de la vente. Dans ce sens, on peut dire qu'il pèse sur lui une obligation de résultat<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup> Voir l'article 74 al. 1 «An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act or omission is shown to have been in bad faith» de l'Arbitration Act 1996, c. 23; Sport Maska c. Zittner, *supra* note 207; «L'immunité de l'arbitre aux États unis» dans Rapport final sur le statut de l'arbitre (un rapport de la commission de l'arbitrage international de la C. C. I.), (1996)7 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C. C. I., p. 49 et s.; Paris, 13 juin 1990, Gaz. Pal. 1990. II. Somm., p. 417. Pour un tour d'horizon plus large, voir le rapport de la commission d'arbitrage de la C. C. I. Précité.

<sup>551</sup> Voir dans ce sens les articles 1382-1386, et 1147-1151 Code civil français; les articles 1457-1469 C.c.Q..

<sup>552</sup> A, Tunc, «La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence», (1945) J.C.P., I, 449.

Il doit donc «fournir» un prix aux parties à la vente en formation de sorte à la rendre pleinement praticable au bout du processus. En conséquence, si au moment convenu il ne fixe aucun prix, et il faut inclure dans cette hypothèse toutes celles où les conclusions du tiers débouchent sur une impasse, c'est-à-dire l'impossibilité pour l'acheteur de connaître le prix qu'il a à payer au moment où il doit exécuter son obligation de payer, le tiers aura failli à son obligation, il ne l'aura pas exécutée, tout comme ce tiers qui chargé de fixer le prix s'est contenté d'indiquer un prix plancher et un prix plafond entre lesquels finalement, les parties n'arrivaient pas à se mettre d'accord<sup>553</sup>.

En droit français, on dirait qu'il a commis une faute qui n'a pas besoin d'être prouvée, du moment qu'on a pu établir qu'il avait, suivant le contrat, obligation de fixer le prix de la vente et qu'au bout du compte, il ne l'a pas fait. Autant dire que sa faute est présumée<sup>554</sup> vue la nature de sa mission qui selon nous consiste dans une obligation de résultat et non une de diligence (ou de moyen). En droit québécois cette distinction existe<sup>555</sup>, mais comme le souligne Tancelin,

«La distinction entre obligations de résultats et obligations de diligence ne saurait [...] modifier fondamentalement l'ordre des preuves. Elle ne dispense jamais le demandeur de faire sa preuve *prima facie*. Son intervention se situe au deuxième degré, au niveau de la balance des probabilités. C'est sous cette réserve qui lui

---

<sup>553</sup> Cass. com. 29 mai 1972, *supra* note 226.

<sup>554</sup> Article 1147 Code civil français. Cela ne signifie qu'il ne peut bénéficier de causes exonératoires.

<sup>555</sup> Ainsi à l'obligation de diligence correspond la responsabilité pour faute personnelle de l'article 1053 C.C.B.C. (art. 1457 C.c.Q.), et à l'obligation de résultat s'attache la présomption de faute ou la présomption de responsabilité des articles 1054 et 1055 C.C.B.C. (1459 et ss. C.c.Q.).

enlève la plus grande partie de sa portée que la distinction est appliquée par la jurisprudence du Québec [...] La jurisprudence se réfère couramment à la distinction des obligations de résultat et de diligence en matière de responsabilité, sans lui attacher non plus un effet décisif sur la preuve»<sup>556</sup>.

Quoiqu'il en soit, en ne déterminant pas le prix ou en ne le rendant même pas déterminable, (par exemple, en le faisant dépendre d'un indice de référence en principe publié à des moments déterminés, et cessant subitement de l'être avant même que l'acheteur commence à exécuter son obligation de payer) le tiers empêche la vente de se parfaire et de déployer pleinement ses effets.

En droit français et belge par exemple, il n'y aurait même plus vente. En droit québécois également puisqu'on serait revenu à un cas de vente sans prix déterminé. Il s'ensuivrait alors préjudices pour les parties. Si par cette vente le vendeur et l'acheteur comptaient chacun réaliser un profit quelconque, ils ne le pourraient plus (*lucrum cessans*), sans compter la perte que la non formation du contrat aura entraîné (*damnum emergence*). Les conditions de la responsabilité ainsi fixées, le tiers peut être condamné à payer des dommages-intérêts. S'il est vrai que la non détermination du prix peut conduire dans certains droits à la non existence de la vente, il n'en va pas forcément de même en *Common Law*. La vente peut malgré tout être tenue pour existante. Il suffira en général pour l'acheteur de payer un prix raisonnable, encore que les parties peuvent ne pas s'entendre sur ce qui serait raisonnable comme prix, et engager des frais de justice ou d'arbitre pour se faire indemniser, ce que le tiers déterminateur aurait pu éviter en s'acquittant correctement de son obligation.

---

<sup>556</sup>M. Tancelin, *Des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 p. 270.

Autrement dit, l'inexécution par le tiers n'entraînera pas forcément la nullité de la vente; ainsi l'article 2-305 du Uniform Commercial Code (Etats-Unis) précité se satisfait du prix qu'une des parties aura alors fixé si tant est qu'il est raisonnable. L'article 9 al.1 du Sale of Goods Act acceptera de maintenir la vente si l'acheteur paie un prix raisonnable. L'article 1349 du Code civil italien qui concerne les contrats en général (et donc également la vente), ne tiendra nulle la vente dont l'objet reste indéterminé alors qu'il devait l'être par un tiers que si la détermination ainsi confiée à ce tiers, était abandonnée à son libre arbitre, sinon le juge y procédera lui-même et évitera la nullité. Il en va de même en droit allemand où l'article 319 du Code civil est aux mêmes effets. En n'accomplissant pas sa mission de déterminer le prix, le tiers engage donc incontestablement sa responsabilité contractuelle conformément à l'article 1458 C.c.Q. par exemple:

«Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice [...].»

Toutefois et s'il y a lieu, il pourra être exonéré de sa responsabilité en cas de force majeure (art. 1470 C.c.Q.), ou la partager avec l'une des parties si celle-ci a pris part à la faute (l'art. 1478 C.c.Q.). S'il est tenu d'exécuter son obligation, le tiers doit aussi agir de sorte à ne bafouer les intérêts d'aucune des parties. Ainsi, ne saurait-il fixer un prix qu'il sait être manifestement dérisoire pour le vendeur ou excessif pour l'acheteur.

Comme tout co-contractant, le tiers doit agir avec équité<sup>557</sup>, comme un *bonus pater familias*, et de bonne foi<sup>558</sup>. En fixant un prix manifestement dérisoire ou excessif le tiers commettrait selon nous une faute. Il est en effet censé savoir qu'en le désignant, les parties voulaient aboutir à un résultat raisonnable. En lui confiant la mission de déterminer le prix, les parties n'ont certainement pas voulu qu'il impose à l'une d'elle un prix manifestement disproportionné. Bien au contraire, leur démarche est de nature à indiquer qu'elles ont voulu parvenir à un prix équitable ou tout au moins raisonnable<sup>559</sup>.

En conséquence si l'on peut en plus établir que le tiers a sciemment fixé un prix manifestement disproportionné pour avantager une des parties, sa faute lourde constituerait de surcroît une intention de nuire elle-même constitutive d'une faute. Autant dire qu'il aura bafoué les intérêts d'un de ses cocontractants. Nous savons bien que quelles que soient les conclusions du tiers, il est toujours probable qu'une des parties soient insatisfaite. Cela ne signifierait pas forcément que le tiers a commis une faute dans l'exécution de sa mission. Or, ne pas fixer un prix alors qu'on s'y était engagé contractuellement, fixer un prix dont une personne ordinaire s'apercevrait qu'elle est sans commune mesure avec les obligations en présence, c'est incontestablement manquer à son engagement d'exécuter son obligation avec prudence, honnêteté et loyauté.

---

<sup>557</sup> Voir l'art. 1135 Code civil français «Les Conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature», art. 1434 C.c.Q. (art. 1024 C.C.B.C.), «Le contrat valablement conclu oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qui y est exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi».

<sup>558</sup> Voir l'article 1134 al. 3.

<sup>559</sup> Voir supra note 232.

C'est tout simplement commettre une faute dans l'exécution. Or, commettre une faute dans l'exécution de son obligation (*culpa in comitendo*), ou commettre une faute d'inexécution (*culpa in omitendo*), c'est s'exposer à des poursuites en responsabilité pour les dommages en découlant comme le prévoit l'article 1458 C.c.Q. précité<sup>560</sup>. Qui plus est, s'il est établi que le tiers s'est entendu avec une des parties pour déterminer un prix qui soit très profitable à cette dernière au détriment de l'autre, sa responsabilité sera engagée, car il aura agi frauduleusement envers cette partie.

Les parties peuvent donc en cas de faute du tiers engager sa responsabilité, ce qui signifie qu'elles peuvent lui réclamer des dommages-intérêts<sup>561</sup> ou mettre fin à sa mission, ou les deux à la fois. En droit anglais également, le débiteur (ici le tiers) doit fournir exactement la prestation prévue<sup>562</sup>. Cependant, même si la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen y existe<sup>563</sup>, le droit anglais, la *Common law* considère que les obligations contractuelles sont absolues et que l'absence de faute ne constitue pas un moyen de défense<sup>564</sup>.

---

<sup>560</sup> Voir l'article 1991 et 1992 Code civil français qui stipule respectivement, «Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure»; «Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire».

<sup>561</sup> Sa responsabilité sera toutefois atténuée si le mandat est gratuit (article 1992 Code civil français; article 2148 C.c.Q.).

<sup>562</sup> Bernard Gilson, Inexécution et résolution en droit anglais, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 40.

<sup>563</sup> Parlant de cette distinction Atiyah dit qu'il s'agit «... de déterminer si les contractants sont tenus absolument de réaliser ce à quoi ils se sont obligés, ou s'ils doivent simplement faire de leur mieux pour veiller à l'exécution du contrat. Ou, en d'autres termes, la question est de savoir s'il faut tenir un contractant pour responsable de l'inexécution survenue sans faute de sa part» P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, Clarendon Law Series, Oxford, 1961 p. 127.

<sup>564</sup> Ibid.



En fait, lorsque le débiteur n'est pas obligé absolument, il lui suffit de faire la preuve d'une «diligence raisonnable». Sinon, il est responsable, soit pour avoir mal agi délibérément, soit au titre de la négligence. À l'inverse, quand il s'est obligé absolument, il est responsable du contrat, et le droit ne s'occupe pas de savoir s'il a commis une faute. Gilson ne dit pas autre chose quand il écrit ceci:

«Ce que le débiteur promet c'est, en principe, un résultat ou, à défaut, des dommages-intérêts, et cela dans toute éventualité. Tenu de satisfaire à ses engagements en toute circonstance, il répond-en-principe-de toute inexécution (même celle provenant de la force majeure) et sans rechercher s'il y a eu ou non faute dans l'exécution. Le droit anglais ne connaît qu'un seul moyen permettant au débiteur d'adoucir le caractère rigoureux que possède l'obligation: c'est de limiter et réduire, par contrat, ce caractère»<sup>565</sup>.

Il est donc clair que si c'est le droit anglais qui régit la question, le tiers déterminateur du prix qui faillit à son obligation comme nous l'avons précédemment expliqué, verra sa responsabilité engagée sauf si une clause du contrat le protège.

### **Conclusion partielle**

Au terme de cette première partie, nous pouvons dire qu'elle aura été l'occasion pour nous de prendre position sur un certain nombre de problèmes juridiques essentiels au domaine qui nous préoccupe dans cette étude. Une vente internationale dont le prix est à déterminer ultérieurement par un tiers existe-t-elle juridiquement? Quelles conséquences juridiques s'attachent à la non désignation ou à la défaillance du tiers

---

<sup>565</sup> B. Gilson, *supra* note 562, p. 248.

en question? Si le tiers est effectivement désigné, quelle est la portée juridique de ses conclusions? Quel est son statut? Quel droit régit sa mission? Comment peut-il techniquement accomplir sa mission? Les parties peuvent-elles contester ses conclusions et à quelles conditions? Le tiers peut-il engager sa responsabilité dans le cadre de la mission qui lui est assignée? À quelle condition?

Ce questionnement vise un objectif précis. Qualifier le tiers, déterminer son statut, montrer que si la mission de compléter l'entente conférée au tiers en fait un contractuel exerçant une expertise irrévocable, il n'est pas faux de soutenir qu'elle peut aussi en faire un arbitre. Nous sommes parvenus à la conclusion qu'il faut admettre que dans une vente internationale à parfaire, les parties peuvent parfaitement confier à un tiers le soin de déterminer le prix.

C'est une manière de rendre le prix déterminable, et cela ne saurait contrarier l'exigence de flexibilité qui est celle du commerce international. Le fait est que les parties ne sont pas toujours en mesure de pouvoir instantanément arrêter un prix même si leur engagement l'une envers l'autre est suffisamment ferme. Qu'elles s'entendent pour confier à un tiers la mission de déterminer le prix et ainsi de compléter leur entente et en faire une vente parfaite est bon pour les affaires. Encore faut-il que le tiers soit effectivement désigné. Ce n'est pas à dire que sa non désignation devrait conduire nécessairement à l'avortement de la vente. Même si certains droits (français ou belge par exemple) sont à l'effet contraire, notre opinion est de privilégier une attitude plus souple et plus pragmatique.

Il faut procéder à une analyse au cas par cas et voir si, en vouant la vente à un échec systématique, on n'accorderait pas en réalité une prime à la partie de mauvaise foi qui trouverait là un encouragement à se dégager impunément de ses obligations.

Surtout si elle ne voit plus aucun intérêt à ce que la vente se forme. Une fois le tiers désigné, sa mission est de déterminer le prix de la vente internationale. Il s'agit donc la mission de compléter l'entente afin de la transformer en une vente parfaite. Les parties auraient donc elles-mêmes d'un commun accord demandé à un tiers de compléter leur entente. Ce tiers accepte ou refuse. S'il refuse, il appartient aux parties de rechercher d'autres moyens pour parvenir à la détermination du prix et en bout de ligne à la formation du contrat de vente. S'il accepte, il devra exécuter son obligation de déterminer le prix. C'est ce prix qui une fois déterminée, viendra compléter l'entente et en fera une vente parfaite (sous réserve des autres conditions indispensables à la formation de la vente).

C'est d'ailleurs ce qu'il faut comprendre de l'article 1592 Code civil (français) pour lequel, si le tiers ne veut ou ne peut déterminer le prix, il n'y a pas vente. C'est dire suivant ce courant<sup>566</sup> que, tant qu'il n'y a pas détermination de prix, il n'y a pas ce rapport juridique<sup>567</sup> constitutif de vente.

---

<sup>566</sup> Le droit belge supra note 19 ainsi que le droit québécois supra notes 32 et 33 par exemple, sont à ranger à la même enseigne.

<sup>567</sup> Nous parlons ici du rapport juridique qui naîtrait du contrat de vente. Or, il ne faut toutefois pas perdre de vue que même avant la naissance du contrat en tant que tel, il peut exister une obligation de négociation de bonne foi. En conséquence, sa violation entraînerait la responsabilité de la partie fautive. Et c'est là une question qui peut être soumise aussi bien à un juge, qu'à un arbitre.

Or sans rapport juridique, on ne saurait concevoir de litige *stricto sensu*. Puisque c'est seulement sur un lien juridique existant, que peut prendre naissance un différend, un litige c'est-à-dire, une querelle juridique.

Chacune des parties pourra alors résister en s'appuyant sur une argumentation juridique au point de vue que l'autre essaie d'imposer, et qui diffère du sien<sup>568</sup>. C'est suivant ce raisonnement que l'on peut par exemple refuser au tiers, la qualité d'autorité juridictionnelle (arbitre par exemple). Une fois les conclusions du tiers connues, elles sont obligatoires pour les parties et s'incorporent au contrat pour le parfaire. Du coup, et par voie de conséquence, le tiers ne saurait être juridiquement vu comme un expert judiciaire dont les conclusions consistent en un *avis* que les parties peuvent prendre en considération ou pas. Il est question comme on l'a vu d'une expertise irrévocable. Le tiers peut pour accomplir sa mission, celle de réaliser la détermination du prix, référer à un standard objectif tel le *prix du marché* ou même, faire dépendre la détermination du prix de la volonté (non-arbitraire) d'une des parties. Pourvu que le résultat soit raisonnable. Les parties ayant voulu obligatoires les conclusions du tiers, ces dernières ne sauraient être exposées à n'importe quelle contestation des parties. Ainsi doit-on comprendre que ne soient admises que les seules contestations pour erreur grossière, dol, violence, erreur matérielle, etc. Et de telles contestations, si elles sont fondées peuvent servir de base à la responsabilité contractuelle du tiers. C'est dire que les parties peuvent en appeler des conclusions du tiers devant un juge ou un arbitre. D'un autre côté, il est concevable que dans le processus de formation du contrat, le tiers désigné par les parties pour déterminer le prix, le fasse en tant qu'arbitre.

---

<sup>568</sup> C. Jarrosson, *supra* note 195, p. 254-255.

L'essentiel est d'établir l'existence d'un lien juridique entre les parties, ainsi que l'existence d'un litige découlant de ce rapport juridique.

En vérité, il serait tout aussi indiqué de voir dans le fait que les parties s'en remettent à un tiers pour déterminer le prix, leur intention commune d'être juridiquement liées, de faire éclore entre elles, un lien juridique. À partir de là il devient parfaitement plausible que le tiers puisse intervenir en qualité d'arbitre. Une autre raison milite également en faveur d'une telle position. Supposons que les parties à une vente en formation confient la détermination du prix à un tiers qu'elles entendent elles-mêmes désigner par la suite. Supposons ensuite qu'entre-temps, le vendeur ait commencé à livrer à l'acheteur sans que ce dernier refuse de réceptionner les marchandises. Il faut en déduire selon nous l'existence d'un rapport juridique. Puisque par leur comportement, les parties laissent apparaître leur intention d'être liées juridiquement. Supposons enfin que les parties aient prévu une clause d'arbitrage pour trancher tout ce qui pourrait les opposer relativement au mécanisme de détermination du prix. Si par la suite l'acheteur refuse de s'associer au processus de désignation du tiers, rien n'interdit au vendeur de se prévaloir d'une telle clause d'arbitrage.

Et rien n'interdit à ce tiers de fixer lui même le prix, en sa qualité d'arbitre. La divergence de vue entre les parties sur le mécanisme de la détermination du prix pouvant être analysée en un litige *stricto sensu*, puisque prenant sa source dans un rapport juridique dont l'existence, découle de l'intention des parties d'être juridiquement liées, intention originant elle-même du comportement de ces dernières. S'il est vrai que le tiers exerce une expertise irrévocable, il faut admettre qu'il peut accomplir la même mission (compléter l'entente, parfaire le contrat) en qualité d'arbitre. Mais alors, les règles juridiques régissant sa désignation, son intervention,

ses conclusions etc... seront d'une autre nature que celles relatives à l'expertise irrévocable.

Et rien n'empêche l'arbitre d'utiliser les mêmes techniques que l'expert dans l'expertise irrévocable, pour parvenir à déterminer le prix (la référence au marché par exemple).

En tant qu'arbitre déterminateur du prix, ses conclusions revêtent l'autorité de la chose jugée. Or, en tant qu'expertise irrévocable, les conclusions du tiers n'ont pas autorité de la chose jugée, même si elles sont irrévocables. Elles ont strictement valeur contractuelle. En somme, nous venons d'établir, que si le tiers qui a la charge de compléter l'entente y procède en principe en qualité d'expert (autorité non juridictionnelle) des parties, il peut aussi bien parfaitement s'acquitter de sa mission en qualité d'arbitre (autorité juridictionnelle). Si elle consiste dans l'expertise irrévocable, la mission du tiers est régie, dans le silence des parties, et suivant le facteur de rattachement retenu, par la loi du lieu d'exécution, la loi du domicile du tiers, dans la mesure où il est celui qui accomplit la prestation caractéristique. Si c'est en qualité d'arbitre qu'il opère, la mission du tiers est gouvernée, dans le silence des parties par la loi que l'arbitre estime appropriée.

Dans la *Partie II* que nous allons maintenant ouvrir, nous démontrerons que si le tiers-adaptateur peut aisément se voir reconnaître la qualité de d'arbitre (autorité juridictionnelle), il n'est pas exclu qu'il conduise la même mission en qualité d'autorité non juridictionnelle (expert).

## **Partie II L'adaptation du prix de la vente par le tiers.**

La première partie nous aura permis d'aborder le contrat alors qu'il est en formation. Le prix de la vente restait à déterminer. Et c'était précisément en cette détermination que consistait la mission du tiers tel que nous l'avons appréhendé dans la première partie. Comme nous venons de le voir dans la *partie I*, les parties à une vente peuvent confier la détermination du prix à un tiers. Cela est d'ailleurs un signe de leur volonté d'avoir des rapports juridiques sécuritaires et justes; le tiers étant perçu comme neutre face à leurs intérêts respectifs, les parties qui y ont recours, ont tendance à le considérer comme un excellent conciliateur desdits intérêts. La sécurité est très importante dans une relation juridique, et elle doit être présente à toutes les étapes du processus contractuel. Ainsi si le vendeur s'engage à livrer la marchandise objet de la convention à l'acheteur, c'est qu'il sait que l'acheteur en prendra livraison et en payera le prix au moment et de la manière convenus. A l'inverse, l'acheteur sait qu'il pourra prendre possession des marchandises au moment, au prix et au lieu convenu.

Ces différents engagements sont pris en fonction des circonstances qui prévalent au moment de la conclusion du contrat. Or les contrats internationaux sont souvent à exécution successive, avec le jeu de plusieurs facteurs dont celui du change et plus généralement du marché. Il arrive fréquemment qu'en cours d'exécution, ces circonstances se modifient considérablement et par conséquent bouleversent l'économie initiale du contrat.

Si l'on impose que le contrat continue à être exécuté comme défini dès le départ, même si l'on constate par la suite un bouleversement de son économie générale, n'aura-t-on pas alors refusé à la partie qui en est victime le droit à la sécurité contractuelle? Si par contre on autorise le juge ou l'arbitre à adapter le contrat aux nouvelles circonstances, n'aura-t-on pas méconnu le principe du *pacta sunt servanda*? Devant cette double interrogation présente dans l'univers du droit comparé et du droit international, certaines parties se mettent à l'abri de tout atermoiement, en prévoyant dans leur contrat un mécanisme plus ou moins précis et détaillé de révision ou d'adaptation, en allant jusqu'à prévoir l'échec de leurs propres renégociations et, la possibilité de s'en remettre alors à un arbitre pour trancher le litige qui ainsi les opposerait. D'autres à l'inverse ne prévoient contractuellement aucun mécanisme d'adaptation, tout au plus se contentent-elles de s'engager à renégocier sans plus de précisions, ce qui en pratique peut conduire à un blocage. Il se pose alors la question de savoir si une des parties peut saisir un juge afin que ce dernier impose une adaptation (c'est la question de la révision judiciaire). Il se pose également le problème de savoir si dans un tel contexte, les parties ayant échoué dans leurs renégociations, peuvent s'en remettre à un arbitre pour leur imposer une adaptation, cet arbitre en aurait-il le pouvoir, comment procéderait-il, jusqu'où peut-il aller? C'est dire que la perspective est différente dans la seconde partie que nous ouvrons maintenant. Il faut prendre pour acquis que le contrat de vente est formé. Qu'il demande à être adapté parce qu'avec le temps, des circonstances sont survenues qui imposent cela. Telle est la mission qui dans cette partie est confiée au tiers.



**La mise en oeuvre de l'adaptation par le tiers et les problèmes juridiques qui y sont rattachés constitueront les axes successifs structurant la présente partie.**

## Chapitre I La mise en oeuvre de l'adaptation du prix.

D'emblée, il convient d'établir une précision concernant les termes *révision* et *adaptation*. Jarrosson<sup>569</sup> par exemple s'est appliqué à distinguer les deux termes. Il a essentiellement retenu que «la différence entre révision et adaptation réside dans le fait que la modification apparaît plus radicale dans la *révision* [nos italiques] (idée de changer) que dans l'*adaptation* [nos italiques] (idée d'approprier, d'harmoniser)»<sup>570</sup>. Il reconnaît cependant lui-même qu'«il ne s'agit que de nuances qui ne peuvent pas servir de fondement à une *summa divisio*»<sup>571</sup>. C'est pour cette même raison que même si nous admettons des nuances entre *révision* et *adaptation*, nous n'y fonderons aucune différence d'analyse, aucune division particulière dans la présente étude. C'est dire que nous emploierons sciemment et indifféremment ces deux termes. Pour en revenir à notre préoccupation immédiate, disons qu'un contrat international suppose qu'au moins deux ordres juridiques différents ont vocation à le régir. C'est le cas par exemple d'une vente intervenant entre une personne de nationalité allemande et une autre de nationalité américaine (U.S.A.). Supposons maintenant que dans cette vente le prix à payer par l'acheteur allemand (la monnaie de paiement) soit fixé en dollars américain (dollars U.S.) alors que la somme globale à payer est évaluée en marks allemands (deutch mark).

---

<sup>569</sup> Supra note 195, p. 304-305.

<sup>570</sup> Ibid.

<sup>571</sup> Ibid.

La première constatation qu'il convient de faire est que, les deux monnaies peuvent fluctuer l'une par rapport à l'autre au fil du temps. Les monnaies n'étant pas reliées par un taux de change fixe, l'une d'entre elles peut selon les cas perdre de la valeur par rapport à l'autre ou en prendre suivant les variations du change. Ainsi donc, depuis le jour de la conclusion du contrat, le mark allemand qui valait par exemple 49 cents américains, pourrait en valoir 14 mois plus tard, 52 ou 37. Quant au dollars américain, s'il valait 3 marks au départ, il pourrait en valoir 2 après le même écoulement du temps. On parlera alors de dépréciation ou d'appréciation de la monnaie. S'agissant de la dépréciation, elle se traduit en la perte du pouvoir d'achat de la monnaie qui en est affectée. Contrairement au principe du nominalisme monétaire<sup>572</sup>, il faut donc dire qu'un dollar, un franc, un mark etc... ne vaudra pas toujours autant, du moins, par rapport à ce qu'il valait à un moment donné. Avec le temps, c'est l'érosion ou l'appréciation. L'impact de la dépréciation de la monnaie se mesure mieux si l'on intègre au raisonnement, la valeur de la marchandise qu'elle est sensée acheter. Voici un exemple particulièrement illustratif de Billiau et Ghestin:

«[...] un bien vendu 1000 francs le 1er janvier doit être payé le 30 juin suivant. Pendant cette période la monnaie a perdu 10% de sa valeur réelle. L'équivalence des prestations ne sera respectée que si le débiteur doit payer 1100 francs [...]»<sup>573</sup>

---

<sup>572</sup> L. Boyer, A propos des clauses d'indexation: Du nominalisme monétaire à la justice contractuelle, Mélanges Marty, 1978, p. 87 et s.; Mousseron: Techniques contractuelles, supra note 421, p. 216 et s.; Marie-Hélène Maleville, Pratique de l'interprétation des contrats, Publications de l'Université de Rouen, vol. 164, 1991, no. 252.

<sup>573</sup> J. Ghestin et M. Billiau, supra note 434, 73.

Cet exemple est illustratif en ce qu'il montre bien le genre de risque dont doivent se protéger les parties à une vente internationale à exécution échelonnée. En effet, le prix de base convenu pour une marchandise donnée ne conservera pas forcément sa valeur initiale au moment de l'exécution. La monnaie peut avoir perdu de sa valeur. En pratique donc, si aucune mesure contractuelle n'a prévu cette situation, le vendeur se retrouvera sous-payé. Dans l'exemple précité, s'il reçoit 1000 francs telle qu'initialement prévu, il aura en réalité encaissé 900 francs, la monnaie ayant entretemps perdu 10% de sa valeur. D'où la nécessité d'une clause d'adaptation du prix qui si elle opère de façon autonome et automatique, prendra le nom de clauses d'indexation<sup>574</sup> ou d'échelle mobile. C'est là une des possibilités dont les parties disposent pour adapter le prix. En pratique, l'élaboration des clauses d'adaptation automatique est un exercice fort délicat, tant les situations à couvrir sont variées et complexes<sup>575</sup>. Dans la mesure où ces clauses aménagent une adaptation automatique des contrats à l'exclusion donc de toute intervention des parties ou de tiers, nous ne nous y étendrons pas davantage. En effet, seule nous intéresse ici l'adaptation du contrat par un tiers.

---

<sup>574</sup> **En France** voir M. Fréjaville, «Les clauses d'échelle mobile» Dalloz 1952, chr. VIII, p. 31; E. S. De la Marnière «Observations sur l'indexation comme mesure de valeur» (1977) *Rev. trim. dr. civ.* 58; B. Boccara, «Définir l'indexation» J.C.P. 1985. I. 3187; J. Ghestin et Marc Billiau Le prix dans les contrats de longue durée, *supra*, note 434, p.73 et ss. **Au Québec**, P. G. Jobin, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil» dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 399; Maurice Tancelin, «L'adaptation des rapports juridiques de droit privé aux circonstances économiques au Canada et en particulier dans la province de Québec» (1971) 12 *C. de D.* 419; A. Cossette, «Les clauses d'indexations» (1981) *Revue du notariat* 455; **En Common law**, F.A. Mann, The Legal Aspect of Money, Londres, Clarendon Press, 1982; **En droit comparé**, M. Vasseur, «L'indexation à l'étranger» (1955) *Revue économique* 275. Quoique relativement ancienne cette étude demeure fort utile, ne serait-ce que pour mesurer l'évolution que les différents ordres juridiques ont connu depuis; M. Houde, et O. Dicko, «L'adaptation des contrats en droit international et en droit comparé», (1990) 4 *R. J. E. L.*, 131.

<sup>575</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'excellent article de André-Marc Chevallier, «Comment déterminer en période d'inflation, des prix à long terme» (1985) *Rev. de dr. des affaires inter.* 271.

La mise en oeuvre de l'adaptation par le tiers dépend des contours de la mission dont ce dernier est investi. C'est dire que l'analyse ne peut se faire qu'en rapport avec le contexte dans lequel il intervient. Il faut dire que pour adapter leur contrat, les parties peuvent parfaitement alors qu'elles s'accordent volontairement sur la nécessité d'un tel ajustement, sans différend, sans aucun esprit de querelle juridique, faire appel à un tiers. C'est dire que le tiers-adaptateur peut être sollicité, dans un contexte non contentieux (au sens juridique du terme). Il en sera ainsi, si bien que d'accord (en dehors de toute procédure juridictionnelle) sur la nécessité d'adapter le contrat, les parties s'estiment non compétentes pour y procéder elles-mêmes, et font appel d'un commun accord, dans un esprit non contentieux, à un tiers pour ce faire. Dès lors, ce tiers peut très bien recevoir les pouvoirs d'un expert technique (ce sera le cas s'il intervient pour faciliter l'application d'une clause d'offre concurrente, d'une clause du client le plus favorisé, d'une clause de premier refus) ou d'un expert chargé de rendre une expertise irrévocable<sup>576</sup>. S'il est vrai que le tiers peut dans sa mission d'adaptateur revêtir la qualité d'expert, sa qualité d'arbitre ou de juge est plus facile à admettre s'il intervient pour dénouer un litige. Ce qui peut être le cas s'il opère sur la base d'une clause de *hardship*.

---

<sup>576</sup>Nos développements dans le *chapitre I* pourraient alors lui être appliqués.

### **Section I L'adaptation du contrat par le tiers à l'occasion de l'application d'une clause de *hardship*: un arbitrage.**

La clause de *hardship* tend à un aménagement conventionnel de la survenance de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat qui bouleversent l'économie de celui-ci, et font que son exécution deviendrait non pas impossible (temporairement ou définitivement) comme la force majeure, mais anormalement onéreuse pour l'une des parties<sup>577</sup>. La clause de *hardship* peut figurer dans un contrat qui contient déjà une autre clause d'adaptation (clause d'indexation par exemple) dont elle pourrait très bien prendre le relai. Elle se révélera très utile si la loi du contrat ne reconnaît pas la théorie de l'imprévision. Elle ne sera pas pour autant inutile sous l'empire d'un droit qui institue l'imprévision par un texte de portée générale car elle organisera un mécanisme plus souple et plus précis de l'adaptation. Encore faut-il que cela ne soit pas interdit<sup>578</sup>. Intervenant surtout dans les contrats de moyen ou de long terme la clause de *hardship* suppose sur le plan de son contenu, outre un éventuel préambule, la définition de l'hypothèse dans laquelle elle trouvera à s'appliquer et le régime juridique devant opérer en cas de réalisation de ladite hypothèse. Relativement aux circonstances conditionnant la réalisation de l'hypothèse, il faut dire qu'elles doivent présenter un caractère fondamental. L'idée ici est que le *hardship* doit s'accompagner d'une intensité suffisante à justifier l'adaptation du contrat.

---

<sup>577</sup> M. Fontaine, «Exposé introductif au colloque comment négocier un contrat international à long terme», (1979) D.P.C.I., p. 142.

<sup>578</sup> C'est le cas de l'article 107 al. 3 du Code civil algérien dont le caractère interdit toute mesure d'aggravation ou d'assouplissement des conditions légales ou du régime de l'imprévision. Voir Terki, «L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien», (1982) 8 D.P.C.I., 18.

Une interrogation cependant subsiste: À partir de quel moment doit-on admettre que le *hardship* a un caractère substantiel? Sur ce point Oppetit nous apparaît fort pertinent:

«Pour répondre à cette question, on est inévitablement conduit à considérer les conséquences du changement apporté au contrat: le caractère substantiel du «hardship» ne s'apprécie pas dans l'absolu, mais relativement, par rapport à l'équilibre contractuel; il est évident qu'un changement de circonstances important, mais de nul ou de faible effet sur l'économie du contrat (dans la mesure où cela est possible...), n'ouvrirait pas la voie d'un réaménagement du contrat; seuls un événement ou une modification des données provoquant un bouleversement du contrat seraient de nature à déclencher le mécanisme de la réadaptation»<sup>579</sup>.

En plus de présenter un caractère fondamental, les circonstances doivent être imprévisibles. Certes le fait même que soit stipulée une clause de *hardship*, implique que les parties sont conscientes de la possibilité de bouleversement futur des circonstances. Toutefois, elles ne sont pas toujours en mesure d'en prévoir ni la portée, ni le moment, ni la nature<sup>580</sup>. C'est dans cette optique qu'il faut comprendre l'exigence de la condition tirée de l'imprévisibilité.

---

<sup>579</sup> Oppetit, «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship"» (1974) J.D.I. 808; J. Hautot, «Les clauses financières dans les contrats internationaux» (1988) Cah. Jur. C. E., 2181; Bourdelois, Dictionnaire Joly, Pratique des contrats internationaux, Livre IV et V; M. Fontaine, «Les clauses de hardship» (1976) D.P.C.I., P. 7.; P.-G. Jobin, supra note 33.

<sup>580</sup> M. Van Camelbeke, «L'adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles» dans Les modifications du contrat en cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, sous la direction de René Rodière et Denis Tallon, Paris, Pedone (1986).

L'événement en question doit avoir échappé aux prévisions raisonnables du débiteur. C'est dans cette même ligne que s'inscrivent les principes d'Unidroit<sup>581</sup> relatifs au *hardship*. Ainsi, les articles 6.2.1 et 6.2.2 stipulent:

«Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship»,

«There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party».

Les circonstances doivent également échapper au contrôle des parties et être postérieures à la conclusion du contrat. Quant au régime juridique applicable en cas de réalisation de l'hypothèse, il peut se résumer en deux axes: la mise en oeuvre de la renégociation, les conséquences d'un éventuel désaccord des parties sur le contenu de la renégociation. Lorsque l'hypothèse constitutive du *hardship* est vérifiée, les parties doivent renégocier leur contrat. Elles doivent entreprendre de s'accorder sur l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles.

---

<sup>581</sup> Supra note 154.



À ce niveau il peut être fort utile de prévoir un délai pour parvenir à un accord, à partir du moment où la partie victime du déséquilibre a avisé son cocontractant, et à l'intérieur d'un certain délai. Il ne serait pas davantage superflu de prévoir le sort du contrat pendant la renégociation, la durée même de la renégociation... L'obligation de renégocier n'ayant point l'effet de contraindre les parties à s'entendre, celles-ci ont intérêt à prévoir l'échec des négociations. C'est précisément un des traits distinctifs de la clause de *hardship* que de prévoir, une alternative à l'échec des renégociations. Il serait donc de bon aloi que les parties, en cas de non-accord dans un certain délai, prévoient la possibilité soit de résilier le contrat, soit de le suspendre pendant un certain temps au terme duquel, si les circonstances de *hardship* persistent, chacune des parties pourra provoquer la résiliation du contrat. Mais, elles peuvent aussi en cas d'échec des renégociations, s'en remettre à un tiers pour adapter le contrat, au lieu de le résilier. C'est précisément la manière dont ce tiers doit s'acquitter de sa mission qui retient ici notre attention. Les effets du *hardship* tels que nous venons de les décrire sont dans l'ensemble, les mêmes que retiennent les Principes d'Unidroit. L'article 6.2.3 intitulé «Effects of Hardship» affirme:

«1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. 2) The request for renegotiation does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. 3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. 4) If the court finds hardship it may, if reasonable, a) terminate the contract at a date on terms to be fixed; or b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium».

Comme nous le verrons un peu plus loin, la Convention de Vienne a choisi de ne pas consacrer la théorie de l'imprévision. Ce qui signifie que le prix initial s'impose aux parties nonobstant le bouleversement né du changement des circonstances. Elle n'empêche toutefois pas les parties de prévoir des mécanismes correcteurs telle une clause d'imprévision. Une telle possibilité est précisément offerte, comme nous venons de le voir à travers les articles 6.2.1; 6.2.2, 6.2.3., au sein des Principes d'Unidroit. Il faut bien souligner que ces principes ne font pas du *hardship* une cause d'exonération. Ils accordent à la partie qui en est victime, le droit de demander et d'obtenir la renégociation du contrat et éventuellement son adaptation par un tiers, ou sa dissolution. Dans ce sens, on peut dire que tout comme la Convention de Vienne, les Principes d'Unidroit ne consacrent pas la théorie de l'imprévision. Comme nous l'avons déjà établi, c'est pour remédier au déséquilibre, au bouleversement qui affecte l'économie du contrat, que les parties s'en remettent au tiers. L'objectif unique du tiers doit donc être celui de réintroduire entre les prestations des parties l'équilibre qui s'en est échappé. En pratique, la configuration du bouleversement économique d'un contrat n'est pas la même dans tous les cas. Tout dépend des points du contrat qui auront été affectés. C'est dire que nous ne saurons nous livrer à une typologie des cas de figure illustrant la façon dont le tiers doit s'y prendre pour adapter le contrat. Qu'il nous suffise de reprendre l'exemple que nous donnions précédemment. Il s'agissait d'une vente conclue en 1983 pour une période de vingt (20) ans, dans laquelle le vendeur, entreprise spécialisée dans le domaine, doit livrer du bois ouvré à l'acheteur; et supposons que le prix du bois brut se multiplie 10 ans après par cent (10), et que les parties, conformément à leur contrat, aient tenté en vain de le réajuster elles-mêmes et qu'elles demandent à un tiers, sur la base de la clause de *hardship* d'adapter leur contrat en revoyant le prix.

Le tiers en question peut s'il juge que cela est de nature à rééquilibrer les prestations, se contenter de modifier le prix en décidant par exemple que la somme à payer est désormais de 100\$ la tonne de bois ouvré au lieu 10\$. En fait, il peut décider de toutes sortes de mesures pour remplir sa mission. Encore faut-il que celles-ci n'entament pas la nature des obligations. C'est le problème de la détermination des frontières de l'intervention du tiers. Voici ce qu'en dit Kassis:

«le juge ou arbitre statuant au contentieux ne devrait pas avoir plus de difficulté à mettre en oeuvre une clause de hardship qu'à appliquer une formule déterminée de révision dans la mesure où, d'une part, il ne touche pas au contenu qualitatif des obligations et ou, d'autre part, il se fonde dans l'adaptation qu'il opère, sur des données objectives, encore que celles-ci n'aient pas été précisées par les parties elles-mêmes»<sup>582</sup>.

Ainsi donc pour Kassis, c'est le «contenu qualitatif» ou non qui peut permettre de tracer la frontière de l'intervention du tiers. Et la suite de son propos est encore plus claire:

«Il y aura révision du contrat et non création d'un nouveau contrat toutes les fois où le juge ou l'arbitre agissant au contentieux, pour adapter ce contrat au changement des circonstances, ne fait que modifier le quantum d'une obligation ou d'une prestation sans toucher à sa nature, à son contenu spécifique. Il en est ainsi lorsque le juge ou l'arbitre modifie le montant du prix ou la quantité stipulée. Ce faisant il rétablit l'équilibre économique du contrat sans le refaire. Il y aura au contraire création d'un nouveau contrat par le juge ou l'arbitre toutes les fois qu'il modifie la nature ou le contenu spécifique d'une obligation contractuelle. Il en

---

<sup>582</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 323.

est ainsi lorsqu'il modifie la qualité ou les spécifications du produit convenu ou, *a fortiori*, lorsqu'il lui substitue un autre produit. Il en est de même lorsqu'il élimine une des obligations du contrat ou lorsqu'il en ajoute une nouvelle»<sup>583</sup>.

Nous approuvons le critère de Kassis. Cependant, il faut admettre qu'en pratique son fonctionnement semble destiné à ne permettre que le remaniement de «l'élément le plus mobile [du contrat] dans un processus d'adaptation»<sup>584</sup>, à savoir le prix. En effet, dans un contrat, on peut facilement remanier le prix en évitant de dénaturer les obligations en présence. Au delà, les risques sont plus grands. Comment réviser la livraison, par exemple substituer l'Incoterm prévu au contrat par un autre sans le dénaturer? Nous comprenons alors que Prujiner ait pu déduire du critère proposé par Kassis qu'il:

«semble introduire un déséquilibre entre l'acheteur et le vendeur puisque le prix est plus facilement révisable que la livraison des marchandises ou la délivrance des services [...]»<sup>585</sup>

Quoique simple et opérationnel, ce critère ne laisse pas pour autant d'être délicat à utiliser: ici l'affaire EDF c. Société Shell Française<sup>586</sup> peut être citée avec bénéfice. Dans cette affaire, EDF c. Shell Française, un contrat avait été conclu entre EDF (Electricité de France) et la société française Shell qui contenait une clause d'indexation et une clause de sauvegarde.

---

<sup>583</sup> Ibid., p. 322.

<sup>584</sup> A. Prujiner, «L'adaptation forcée du contrat par arbitrage» (1992) 37 R. D. McGill p. 439.

<sup>585</sup> Ibid.

<sup>586</sup> J.C.P. 1978. II. 11810, note J. Robert.

La clause d'indexation ne pouvait pas opérer, son indice de référence ayant disparu. La clause de sauvegarde stipulait une obligation de renégociation advenant certaines circonstances, avec pour le vendeur la possibilité de résilier le contrat en cas de baisse du prix, et pour l'acheteur la même chose en cas de hausse du prix. Voilà que les circonstances conditionnant les renégociations surviennent et que les parties sont incapables de parvenir à un accord. Cependant, elles ne veulent pas mettre fin au contrat. Le Tribunal de commerce saisi du litige concernant la détermination du prix a estimé qu'il appartenait aux parties de régler une telle question et que si elles ne parviennent pas à s'entendre, le contrat est caduc pour défaut de prix. La Cour d'appel de Paris va dans un autre sens et infirme le jugement en considérant qu'il faut inférer de la clause de sauvegarde une obligation de modification et elle impose aux parties de reprendre les négociations en présence d'un tiers (observateur) qu'elle aura désigné. De plus (et c'est le plus important), elle se réserve la possibilité de déterminer au vu des solutions proposées:

«si la formule qui pourrait éventuellement convenir sur le plan financier modifie les données du contrat en cours et interdit au juge de l'imposer, ou bien si elle se borne, comme l'ont voulu les parties, et sans altérer l'économie des contrats, à adapter le prix aux fluctuations du marché et peut donc être substituée d'office»<sup>587</sup>

De ce qui précède, il découle que la Cour d'appel de Paris admet qu'elle pourrait adapter le contrat en changeant la formule c'est-à-dire la clause d'indexation dans la mesure où cela n'entame pas l'économie du contrat. Comme nous pouvons le constater, dans cet exemple, le juge n'a pas eu à se contenter de jouer sur un prix.

---

<sup>587</sup>*Ibid.*

En plus d'avoir imposé une nouvelle ronde de négociation, il est prêt à changer la formule d'indexation. Nous savons que comme toute clause, la clause d'indexation implique des obligations précises pour les parties. En se disant disposé à la changer, le juge se dit prêt à changer des obligations contractuelles. Or tout en se disant prêt à changer la formule d'indexation, il prend soin de se fixer une limite. Le changement doit respecter l'économie du contrat et la volonté des parties. Si cette limite est respectée, on ne peut pas parler de dénaturation des obligations contractuelles et, le critère proposé par Kassis n'aura pas été mis en mal. Il semble donc qu'au delà de la simple substitution d'un prix à un autre, il soit possible de changer une clause d'indexation tout en respectant l'économie du contrat et la volonté des parties.

Il ne s'agirait alors ni d'un ajout, ni d'une suppression d'obligation. Comme on peut le voir, c'est une question très délicate que de tracer autour de l'intervention du tiers adaptateur, une nette délimitation permettant d'apprécier si celui-ci agit de façon irrespectueuse de la volonté des parties et de l'économie du contrat ou pas. D'où l'importance d'avoir constamment à l'esprit cette remarque en forme de conseil à la fois simple et pertinente de Prujiner:

«Plus le contenu de l'obligation de modification sera précis, plus le champ d'appréciation de l'arbitre sera limité. Comme dans d'autres circonstances, le rôle de l'interprète est restreint si la clause d'adaptation est relativement détaillée»<sup>588</sup>.

---

<sup>588</sup> supra, note 584, p. 438.

Le tiers qui intervient pour mettre en oeuvre une adaptation dans le cadre d'une clause de hardship, doit donc veiller, par le biais de toutes les mesures qu'il prend, à réintroduire entre les prestations des parties, l'équilibre que le *hardship* leur aura fait perdre. Il doit dans le même temps éviter de dénaturer les obligations contractuelles, de transgresser la volonté des parties.

Tout comme la clause de *hardship*, les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé, de premier refus sont également susceptibles de faire intervenir un tiers à l'occasion de leur mise en oeuvre. Il convient de savoir quel est le statut du tiers qui opère sous l'égide de telles clauses.

## **Section II Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé, de premier refus et le tiers.**

À l'instar de la clause de *hardship*, les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé, sont des clauses d'adaptation. Il suffit de les définir pour en être convaincu. Ainsi la clause de l'offre concurrente en est une par laquelle, le vendeur s'engage à consentir à son acheteur sur les quantités prévues au contrat une baisse du prix égale à celles pratiquées par ses concurrents. Si le vendeur accepte la baisse, le contrat continue aux nouvelles conditions sinon, il est suspendu ou résilié<sup>589</sup>.

---

<sup>589</sup> Un exemple de clause d'offre concurrente est ce qui suit: «Si en cours d'exécution du contrat, l'acheteur notifie au vendeur la réception d'une offre concurrente émanant d'un fournisseur connu et sérieux, faite à un prix inférieur au prix contractuel, toutes conditions (notamment de quantité, de qualité et de régularité) restant égales, le vendeur devra, dans les 10 jours de la notification par l'acheteur, rencontrer les conditions de l'offre concurrente. A défaut d'accord avec l'acheteur, celui-ci sera libéré de l'obligation d'acheter au vendeur et le présent contrat prendra fin à l'expiration du délai de 10 jours accordé au vendeur» Fontaine, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Paris, F.E.C. (Forum Européen de la Communication), 1989, p. 288.

Quant à la clause du client le plus favorisé, elle porte sur l'engagement par une partie à faire bénéficier son partenaire des conditions plus favorables qu'elle viendrait à consentir à un tiers dans un contrat analogue<sup>590</sup>. Les clauses dont nous venons de faire état sont souvent étudiées en même temps que la clause de premier refus. Cette dernière apparaît comme celle par laquelle, une partie **A** s'engage envers le bénéficiaire **B** à lui proposer dans l'avenir, de réaliser ensemble une opération déterminée avant de conclure cette opération avec un tiers. En cas de refus de **B**, **A** redevient libre de contracter avec autrui<sup>591</sup>. Il s'agit d'une clause qui engage «pour l'avenir, à proposer par préférence au partenaire de réaliser ensemble une opération nouvelle»<sup>592</sup>. Pour bien camper le rôle du tiers dans la mise en oeuvre des clauses adaptatives que sont la clause d'offre concurrente, la clause du client le plus favorisé et la clause de premier refus, il faut l'envisager sous l'angle de la question de savoir comment apprécier les conditions concurrentes (en cas d'offre concurrente), comment vérifier les conditions offertes aux tiers (clause du client le plus favorisé), et enfin, comment s'assurer que **A** ne traite pas à d'autres conditions que celles que **B** vient de refuser (clause de premier refus)? C'est ici qu'intervient le tiers. En fait comme nous allons le voir, ce «tiers» jouera un rôle de «contrôleur indépendant»<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> En voici un exemple: «Dans le cas où le fournisseur serait amené à consentir à d'autres clients des conditions plus favorables que celles prévues au présent contrat pour des quantités et une qualité comparables, le fournisseur s'engage à en faire bénéficier le client à compter du jour de leur application à un tiers» *Ibid.* p. 296.

<sup>591</sup> En voici un exemple: «If and to the extent that any year or quarter A should have requirements of... products or both in excess of the quantities otherwise deliverable hereunder in that year or quarter, B shall have the first option (to be exercised within thirty (30) days of receiving due and proper notice thereof) to supply on the terms and conditions hereof. If B do not exercise the option to supply any or all of such excess. A shall be free to purchase the deficit elsewhere», *ibid.*, p. 302.

<sup>592</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>593</sup> Fontaine, *supra* note 589, p. 312.



Dans le cadre de l'application de la clause de l'offre concurrente, l'acheteur (ou le fournisseur) n'a aucun intérêt à dissimuler au vendeur (ou le fournisseur) l'offre plus favorable qui lui aurait été faite relativement à l'objet du contrat en cours puisque, c'est sur cette offre que devrait s'aligner son actuel co-contractant. L'on peut donc compter sur lui pour la faire connaître à ce dernier. Par contre, il est à craindre, pour ce qui est de l'application de la clause du client le plus favorisé, que la partie qui a contracté avec le tiers cherche à cacher ce nouveau contrat puisque si son co-contractant le sait, il exigera en vertu de la clause de lui offrir les mêmes conditions. Et Fontaine de constater avec raison que:

«Il faudra donc fournir à son co-contractant initial, le moyen d'éviter pareille fraude»<sup>594</sup>

La désignation d'un contrôleur indépendant va précisément dans ce sens. On voit ici toute son utilité tout comme dans l'application d'une clause de premier refus. Dans ce dernier type de clause, **A** est supposé s'être engagé à préférer **B** (son co-contractant) comme acheteur pour un contrat futur, si celui-ci accepte le prix que proposera un tiers candidat-acheteur<sup>595</sup>. Si le moment venu, **B** refuse, **A** recouvre en principe la liberté de contracter avec le candidat acheteur **C**. Une question subsiste cependant: **A** peut-il alors traiter avec **C** à n'importe quelles conditions ou au contraire, dans des termes comparables à ceux que **B** vient de refuser?

---

<sup>594</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>595</sup> Mousseron, *supra* note 421, p. 213.

Pour répondre à cette question, il faut envisager deux attitudes possibles<sup>596</sup>. Soit on refuse que **A** puisse recouvrer une totale liberté dans ses négociations avec **C** en avançant que cela reviendrait à dénoyauter le droit de premier refus, qu'il suffirait pour cela que soit proposé à **B** de contracter à des conditions inacceptables, pour ensuite offrir à **C** des conditions plus favorables ou normales; soit on reconnaît une totale liberté à **A** en expliquant que, dès lors où **B** aura refusé, son droit de préférence est à considérer comme ayant vécu, et partant, **A** recouvre toute sa liberté de négociation avec pour conséquence, qu'il peut parfaitement assouplir pour **C**, les offres qui ont subies le refus de **B**.

Si l'on retient l'idée selon laquelle **A** recouvre la liberté de conclure avec **B**, mais à des conditions égales à celles que **B** aura refusées, il faut pouvoir vérifier si en réalité, dans les faits, **A** n'offre pas des conditions plus favorables à **C**. Et c'est ici que l'intervention du contrôleur indépendant s'avèrerait fort utile. Comme on peut le voir, la mise en oeuvre des techniques d'adaptation que sont la clause de l'offre concurrente, la clause du client le plus favorisé, la clause de premier refus passe, pour des parties avisées, par la désignation d'un tiers contrôleur indépendant.

---

<sup>596</sup> Fontaine, *supra* note 589, p. 309.

En vérifiant les conditions concurrentes (clause d'offre concurrente), les conditions faites au tiers (clause du client le plus favorisé), il rassure la partie qui a le plus à craindre, il évacue l'esprit de suspicion qui eut pu mettre en péril le jeu des clauses et, corrélativement, l'adaptation. Dans le cadre de la clause de premier refus, son intervention est de nature à éviter que le débiteur de l'obligation de préférence empêche le jeu normal de la clause, en acculant au refus (en lui offrant des conditions inacceptables) la partie qui en est créancière. Etablir en quoi consiste le rôle du tiers «contrôleur indépendant» ne suffit pas à épuiser les questions qui lui sont liées. En effet, comment le désigner, quelle est la nature de sa mission? Quelles en sont les limites? Quelle force juridique revêtent ses conclusions?

## **I De la désignation du tiers contrôleur indépendant.**

Quelle que soit la manière dont le tiers contrôleur sera désigné, il faudra s'assurer de son indépendance et de son impartialité<sup>597</sup> par rapport aux parties. Cela est essentiel. En effet, c'est pour permettre la mise en oeuvre (sans accroc et dans l'intérêt bien compris de chacune des parties) des clauses d'adaptation dont nous venons de traiter qu'il aura été désigné. L'idéal serait que lors de la conclusion du contrat, les parties se mettent d'accord sur la désignation du tiers. S'entendre pour une désignation ultérieure reste valable mais hautement risqué pour l'exécution de la clause. Imaginons que le moment venu, les parties n'arrivent pas à s'accorder! Elles pourront malgré tout confier la désignation à un organisme ou, prévoir qu'en cas de désaccord entre elles pour désigner le tiers, ou encore si le tiers désigné venait à disparaître..., c'est au tribunal de procéder à la désignation.

---

<sup>597</sup> Sentence C.C.I. no. 2444, 1976, Recueil des sentences de la C.C.I., Paris, C.C.I., 1990, p. 286. Il s'agissait ici d'un litige originant du fonctionnement prétendument défectueux, d'une usine livrée par une entreprise italienne, demanderesse à l'arbitrage, à une entreprise yougoslave, défenderesse. Statuant à Zurich, le tribunal arbitral avait dû, à la demande des parties, désigner un expert technique aux fins d'effectuer un certain nombre de constatations de fait. Cet expert s'était fait assister, en accord avec les deux parties, d'un collaborateur spécialisé dans certains problèmes techniques particuliers. Or, il se trouvait que lors de la constitution du tribunal arbitral, la partie demanderesse avait invité ce spécialiste à exercer les fonctions d'arbitre. Ce dernier a refusé, mais la partie défenderesse estimait que l'existence de ces contacts antérieurs entre son adversaire et le collaborateur de l'expert faisait planer sur le rapport de ce dernier la plus grande suspicion. C'est cette argumentation que le tribunal arbitral rejeta dans les termes suivants: «[...]Le fait d'avoir été proposé comme arbitre et d'avoir à l'époque décliné cette proposition pour des motifs personnels ne saurait être retenu contre M...(le collaborateur de l'expert). Un arbitre est par nature et par sa fonction impartial et choisi en raison de cette qualité et de sa compétence pour le cas d'espèce. Il en est de même pour l'expert». Cour Suprême des États-Unis, 18 novembre 1968, (1969) Rev. Arb., p. 69; Civ. 13 avril 1972, Dalloz, 1973. 2 note J. Robert; Paris, 2 juin 1989, (1991) Rev. Arb., p. 87; J. Robert: L'arbitrage, droit international, droit international privé, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1993, no. 135.

Nous pensons cependant qu'il est préférable qu'à la conclusion du contrat les parties y prévoient toutes les modalités de désignation du tiers si elles n'ont pas elles-même arrêté un choix. Comme l'affirme Mousseron<sup>598</sup>:

«le juge ne pourrait désigner le tiers sans que les parties lui en aient contractuellement confié la tâche».

Nous faisons remarquer qu'il ne s'agit pas ici de désigner un tiers qui aura à déterminer le prix de la vente<sup>599</sup>. Désigner un tiers contrôleur indépendant relève davantage de la vigilance des parties pour garantir la bonne exécution de la clause ou les clauses d'adaptation prévue au contrat. Si ce tiers n'est pas désigné, le pire qui peut se produire est que les clauses pour la mise en oeuvre desquelles l'intervention du tiers aurait été utile, connaissent des difficultés d'application. Le contrat continue d'exister. En revanche, une vente suppose un prix à payer par l'acheteur; sinon c'est son existence même qui est en cause (du moins dans certains droits, notamment celui de la France, de la Belgique...). On le voit, la conséquence de la non désignation pourrait être beaucoup plus grave ici. Il ne faut donc pas s'étonner de voir que dans certains pays, la loi<sup>600</sup> ou la jurisprudence<sup>601</sup> ait prévu une solution-remède. Si un tiers contrôleur est désigné, quelles sont la nature et les contours de sa mission?

---

<sup>598</sup> Supra note 421, p. 212.

<sup>599</sup> Ce qui fait que les solutions précédemment étudiées sur l'expertise irrévocable ne sauraient être nécessairement les mêmes ici.

<sup>600</sup> Voir l'article 315 B. G. B.

<sup>601</sup> Supra note 188.

## **II Nature et limites de la mission du tiers contrôleur indépendant.**

Il faut faire remarquer que la tâche qui lui est confiée n'est pas celle de l'expert. Il n'a pas à déterminer un élément qui viendrait parfaire le contrat. Il n'a pas davantage à effectuer lui-même l'adaptation du contrat. Autant dire qu'il n'est pas l'arbitre qui opère sous l'égide d'une clause de *hardship*. Le tiers contrôleur indépendant a à dire à la partie qui veut s'en assurer que les conditions nouvelles sont réelles et comparables avec celles du contrat en cours (offre concurrente). Il a à établir si les conditions faites par **A** à **C** sont plus favorables à celles faites à **B** alors que ce dernier oeuvre dans des paramètres comparables à celles de **C**. De sorte que **A** doit respecter la clause du client le plus favorisé et offrir les mêmes conditions à **B** pour la suite de leur rapport.

Dans le cas de la clause de premier refus, le tiers contrôleur doit confirmer que **A** ne traite pas à d'autres conditions (plus favorables) avec **C** que celles refusées par **B**. Sinon (si le contrat le prévoit), **A** devrait auparavant offrir ces conditions à **B**. Dans ces différents cas, il apparaît que le tiers contrôleur n'intervient pas pour vider un contentieux, un litige, ni parfaire un contrat. Son intervention tend au contraire à :

«éclairer les parties sur l'état d'une question susceptible d'affecter leurs relations [...] Il ne s'agit pas de remodeler le contrat, mais de fournir de manière indépendante un élément de fait nécessaire à la bonne exécution des obligations contractuelles»<sup>602</sup>.

---

<sup>602</sup> Fontaine, *supra* note 589, p. 313.

C'est donc selon nous d'un expert technique qu'il s'agit. La portée de ses conclusions ne sauraient donc dépasser celle d'un avis<sup>603</sup>. Nous trouvons alors particulièrement approprié que Fontaine dise du tiers contrôleur indépendant qu'il intervient pour «éclairer»<sup>604</sup> les parties et le juge. Il s'agit d'une mission purement technique. Il reste que les parties peuvent s'engager à être liées par les conclusions du tiers contrôleur indépendant qu'elles auront désigné. Il faut cependant constater que, là-dessus, les différents textes pertinents sont de nature à entretenir la confusion. Ainsi, pour définir la mission de l'expert, le règlement d'expertise technique de la C.C.I.<sup>605</sup> stipule en son article 6:

«1.a) L'expert est habilité à effectuer contradictoirement les constatations sollicitées, dans les limites fixées par la requête d'expertise.

b) L'expert peut également être habilité par accord exprès des parties, soit dans une convention préalable, soit dans leur requête aux fins de nomination de l'expert à: - recommander en tant que de besoin les mesures qui lui sembleraient les appropriées à réaliser l'objet du contrat et/ou celles qui seraient nécessaires à la sauvegarde de la chose [...].»

---

<sup>603</sup> Sicard, Manuel de l'expertise et de l'arbitrage, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1970, p. 54.

<sup>604</sup> Fontaine, supra note 589, p. 313.

<sup>605</sup> Expertise technique: règlement et contrat type, C.C.I., publication no. 307, (1976).

Quant au règlement sur l'adaptation des contrats, son article 1er prévoit l'intervention d'un tiers «[...] pour remplir le rôle que les parties lui auront confié dans le cadre de leurs relations contractuelles»<sup>606</sup>. Dans le premier exemple (article 6 du règlement d'expertise technique), il semble ressortir de l'alinéa 1. b) que les parties peuvent confier les plus amples compétences au tiers alors que, l'alinéa 1. a) plus conforme selon nous à la mission d'un expert, pose la requête comme le moule à l'intérieur duquel le tiers contrôleur doit intervenir. Ce qui signifie qu'il a à limiter ses conclusions à la question technique qui lui est posée. Dans le deuxième exemple (tiré du règlement sur l'adaptation), il consacre pour les parties, la possibilité de confier les missions les plus variées au tiers-adaptateur. Ce qui nous laisse croire que ce dernier pourrait se voir confier des missions purement techniques à l'instar de celles normalement dévolues à l'expert. C'est tout cela qui est source de confusion.

C'est pourquoi on ne dira jamais assez aux parties à un contrat, dans lequel le recours à un tiers contrôleur s'avère nécessaire ou utile, de s'efforcer de rédiger leur convention de manière à ce que la désignation de ce dernier, la nature et l'étendue de sa mission, ainsi que la portée de ses conclusions ne pose aucun problème d'interprétation. Cela est d'autant plus important que, normalement, les conclusions de l'expert technique (des avis) et celles du tiers-adaptateur (recommandations ou décisions s'imposant aux parties) du contrat n'ont pas la même force juridique. La C.C.I. a donc pu affirmer d'un côté que:

---

<sup>606</sup> Règlement d'adaptation des contrats, C.C.I., publication no. 326, (1978).



«sauf stipulation contraire, les contestations ou les recommandations de l'expert n'auront pas de valeur définitive et obligatoire pour les parties»<sup>607</sup>,

et de l'autre que:

«[...] selon le choix des parties, le tiers peut formuler une recommandation ou prendre une décision»<sup>608</sup>.

Ce qu'il faut en définitive retenir, c'est qu'en matière d'adaptation du contrat par un tiers, il appartient aux parties de définir et circonscrire l'intervention de ce dernier. Des frontières qu'elles auront ainsi tracées découlera son statut juridique. C'est dire que le rôle du tiers dans l'adaptation du contrat ne sera pas le même dans tous les cas. Ainsi lorsqu'il intervient en application d'une clause de hardship, c'est pour adapter le contrat en lieu et place des parties. Ces dernières n'ayant pas pu s'accorder sur le contenu de l'adaptation. C'est donc en tant qu'arbitre qu'il agit. Il en va différemment lorsque ce sont les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé, de premier refus qui servent de cadre d'action au tiers. Sa mission consiste alors à «éclairer» les parties sur les écueils qui pourraient nuire à la mise en oeuvre de leurs clauses d'adaptation. C'est donc en tant que tiers contrôleur, en tant qu'expert, qu'ici, il oeuvre. Rien n'empêche cependant les parties de moduler à leur guise les pouvoirs, la mission du tiers. Tout au plus se posera un problème de qualification juridique de sa mission.

---

<sup>607</sup> Article 6 al. 3 du règlement d'expertise technique, supra note 605.

<sup>608</sup> Article 11 du règlement d'adaptation des contrats, supra note 606.

Comme nous venons de le voir, l'adaptation du contrat fait intervenir différentes sortes de tiers dont les missions ne sont pas nécessairement les mêmes. Ainsi, si dans le cadre de la clause de l'offre concurrente, du client le plus favorisé ou de premier refus, le tiers tient plutôt un rôle de contrôleur indépendant, il n'en va pas de même dans la mission qui est la sienne quand les parties l'invitent à procéder à l'adaptation de leur contrat. Ce sont précisément les problèmes juridiques liés à ce type de mission que nous allons maintenant aborder. Ils se ramènent à deux idées: le statut juridique du tiers et la nature juridique de son intervention. Une fois ces deux idées précisées, nous traiterons alors de la détermination du droit applicable à cette mission.

## **Chapitre II Les problèmes juridiques attachés à la mission du tiers adaptateur du prix: son statut juridique et la nature juridique de son intervention.**

L'adaptation peut se faire aussi par un tiers au contrat auquel les parties, une fois constatée leur impossibilité de se mettre d'accord sur les modifications à apporter, s'en remettent pour leur fournir un modèle d'adaptation<sup>609</sup>. La question est de savoir si l'entente par laquelle les parties, incapables de s'accorder sur les modifications à apporter à leur contrat, confient au tiers la mission de les départager, appartient au domaine de l'arbitrage ou si au contraire, elle n'en relève point? En clair, à quel titre intervient-il? Et quelle serait l'étendue des pouvoirs de ce tiers? Cette question a un intérêt pratique réel. En effet, si l'entente est du domaine de l'arbitrage, les conclusions du tiers sont alors à considérer comme une sentence arbitrale dont l'exécution est assurée au besoin par une homologation. À l'inverse, si l'entente est étrangère au domaine de l'arbitrage, il faut alors considérer les conclusions du tiers comme partie intégrante de la convention lui ayant confié d'adapter le contrat. C'est donc suivant le principe de l'effet obligatoire du contrat que les parties seraient tenues d'exécuter lesdites conclusions. En cas de difficultés, les voies de droit traditionnelles pourront être utilisées pour obtenir exécution. Cette question de savoir à quel titre le tiers intervient, a provoqué une controverse qui elle même s'organise autour des thèmes suivants: la révision du contrat et la notion de litige, la révision du contrat et le concept de changement du contrat pour l'avenir, la révision du contrat et la fonction juridictionnelle de l'arbitre. L'analyse de la controverse ne peut que contribuer à éclairer le sujet.

---

<sup>609</sup> Nous avons détaillé le mécanisme en étudiant la clause de hardship (voir la mise en oeuvre de l'adaptation).

L'arbitrage est le jugement d'un différend, non point par la juridiction légalement instituée qui a compétence pour en connaître, mais par des particuliers choisis par les parties<sup>610</sup>. Particuliers qui entendent profiter de la spécialisation, de la discrétion et de la célérité qui dans bien des cas, distinguent l'arbitrage des procès devant les tribunaux ordinaires. C'est dire que l'arbitrage suppose une contestation déjà née ou à naître, que les arbitres ont pour tâche d'aplanir, de juger<sup>611</sup>. Les conclusions de l'arbitre peuvent donc être analysées comme un acte juridictionnel revêtu de l'autorité de la chose jugée. Il faut malgré tout faire remarquer que nonobstant le large consensus de la doctrine et de la jurisprudence<sup>612</sup> sur le fait que l'existence d'un litige est indispensable à l'arbitrage, des variations terminologiques existent qu'il convient tout de suite de cerner. Il sera alors possible devant chaque cas de déterminer avec précision s'il y a litige, contestation, différend ou si au contraire, il s'agit d'un simple désaccord. Pour ce faire Jarrosson fournit le critère suivant:

«il y a contestation [...] dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer, et qui diffère du sien»<sup>613</sup>.

---

<sup>610</sup> J. Sicard, supra note 603, p.13.

<sup>611</sup> Voir supra note 206, l'article 1926.1 C.C.B.C. (art. 2638 du Code civil du Québec) et l'article 7 de la Loi type de la C.N.U.D.C.I.

<sup>612</sup> Voir supra note 207, Oppetit p. 315; R. David, p. 383; C. Jarrosson, p. 102; A.Kassis, p. 128 et ss. Voir également au Québec, Sport Maska Inc. c. Zittner, supra note 207, p. 581; J. Robert, droit interne droit international privé, supra note 197, p. 77 et s.

<sup>613</sup> C. Jarrosson supra note 195, p.254-255; J. Robert, droit interne droit international privé, supra 197.

Prujiner approuve en ces termes:

«Cette possibilité d'argumentation juridique est bien le critère de distinction entre le différend et le désaccord, cette notion visant la situation où les parties ne peuvent pas atteindre un accord, mais dans laquelle aucune partie ne peut contraindre juridiquement l'autre à modifier sa position»<sup>614</sup>.

Nous partageons leur avis pour les raisons suivantes. Le désaccord n'est pas synonyme de litige bien que pouvant y conduire. Prenons un exemple. Schneider qui compte mettre sur pieds une entreprise de buanderie, a l'intention d'acheter soixante-quatre (64) machines à laver pour le premier mois d'ouverture. Il en discute en vue de lui en acheter avec Glenn Pucci, une connaissance New Yorkaise propriétaire d'une compagnie spécialisée dans la fabrication de telles machines. Glenn Pucci tente de lui faire admettre que selon son expérience, ce sont tout au plus cinquante (50) machines à laver qu'il faudrait à l'entreprise de Schneider, vu la taille de celle-ci et la clientèle visée. Et que, quoiqu'il en soit, ses commandes ne lui permettent de livrer tout au plus que vingt-cinq (25) appareils à Schneider pour l'ouverture de son entreprise. Fort des études de marché qu'il a fait faire Schneider n'est pas d'accord avec Glenn Pucci sur son évaluation du nombre d'appareils nécessaires. Il s'agit là manifestement d'un désaccord entre Glenn Pucci et Schneider. Un tel désaccord ne constitue pas un litige *stricto sensu*. En effet, aucun rapport juridique n'existe entre Schneider et Glenn Pucci, qui pourrait servir de fondement à un affrontement d'argumentations juridiques.

---

<sup>614</sup> A. Prujiner, *supra* note 584, 435.

En revanche si un contrat de vente portant sur la livraison des soixante-quatre appareils était intervenu entre les deux, et que, par la suite, Glenn Pucci prétendait ne devoir en livrer que vingt-cinq, on aurait là un véritable litige.

Il en irait de même si les deux parties avaient décidé de faire déterminer le prix ultérieurement, par un tiers qu'elles auront désigné à un moment convenu, et qu'entre-temps Glenn Pucci avait livré les machines, et que Schneider en avait pris possession. Cela aurait pu en effet suffisamment établir l'intention des deux parties d'être juridiquement liées et par conséquent, l'existence entre elles d'un rapport juridique. Supposons dans ces circonstances que le tiers ne peut (décès) ou ne veut procéder à la désignation, et qu, Schneider décide pour cette raison de retourner les appareils sous prétexte que le contrat de vente n'existe pas faute de prix. On aurait ici également un véritable litige, les parties pouvant sur la base du rapport juridique existant, prétendre à des droits pour l'une et à des obligations à la charge de l'autre. C'est dire qu'elles peuvent s'affronter à coup d'arguments juridiques. C'est qu'en vérité, pour qu'il y ait litige il faut que se vérifie le critère précité de Jarrosson<sup>615</sup>. En effet, lorsque l'on dit que l'arbitre doit trancher un litige, cela signifie qu'il doit départager juridiquement les parties, c'est-à-dire faire primer une argumentation juridique sur une autre. Il est vrai qu'il peut statuer en équité si les parties le lui permettent. Mais même ici, l'équité lui servira à faire primer des prétentions juridiques sur d'autres. En somme, l'arbitrage emporte sanction juridique, ce qui n'est pas le cas du désaccord qui selon nous n'est *a priori* qu'un conflit extra-juridique d'opinions. Les conditions de l'arbitrage étant précisées, il faut maintenant s'interroger sur le point de savoir s'il peut exister dans le cadre d'un processus d'adaptation, de révision.

---

<sup>615</sup> *Supra* note 195.

### **Section I La révision du prix et le concept de litige: la qualité du tiers.**

La question ici est celle de savoir si le tiers chargé de procéder à la révision du prix de vente, donc du contrat, le fera en tant qu'arbitre ou pas? C'est la question du statut juridique du tiers-adaptateur. C. Souchon dans son rapport consacré au droit français<sup>616</sup> fait d'abord remarquer qu'il est assez fréquent que les parties confient à un tiers le soin de réviser leur contrat. Ensuite elle précise que la validité d'une telle clause n'est pas douteuse en droit français où règne le principe de l'autonomie de la volonté même si «en théorie» il est légitime de s'interroger sur la compatibilité de cette démarche avec la nécessité du consentement prévue à l'article 1108 du Code civil français et celle d'un objet suffisamment déterminé, exigence de l'article 1129 du même Code. La validité ne fait aucun doute car l'article 1592 du même Code civil français permet ce recours au tiers et l'article 1854 autorise les associés dans un contrat de société à s'en rapporter à un tiers pour le règlement des parts. Elle en déduit ceci:

«si aujourd'hui tout contrat peut contenir une clause confiant son adaptation à un tiers, il est raisonnable de n'en admettre la validité que si le cadre dans lequel elle doit s'exercer est suffisamment précisé et qu'il existe des éléments permettant de justifier objectivement la décision du tiers intervenant»<sup>617</sup>.

---

<sup>616</sup> Christine Souchon, «Les contrats en droit privé» dans Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, *supra* note 580, p. 31-32; Mousseron, *supra* note 421, p. 211 et s.

<sup>617</sup> Ibid., p. 32.

Toutes ces clarifications faites, l'auteur arrive à la conclusion que ce tiers intervenant désigné dans le contrat agit comme mandataire commun des parties, que sa décision n'est pas juridictionnelle, mais s'incorpore purement et simplement à la convention et ne s'impose aux parties qu'au titre de l'effet obligatoire du contrat<sup>618</sup>. La conclusion demeure la même en Belgique<sup>619</sup>. Pour ces auteurs, la question semble donc simple à résoudre. Ce tiers chargé d'adapter le contrat est un mandataire commun comme celui qui, au stade de la formation du contrat, est chargé de déterminer le prix. S'ils parviennent à une telle conclusion c'est que pour eux il ne fait aucun doute qu'en la matière, il n'y a pas litige. Il ne saurait par conséquent y avoir arbitrage, il ne peut être question d'arbitre. Oppetit dans son article précité a choisi de ne pas se prononcer sur la question, prétextant que:

«tant le critère du litige que celui de l'acte juridictionnel ne sont pas d'utilisation commode, car s'il est relativement facile de déceler l'absence d'arbitrage lorsque le tiers intervient au stade de la formation du contrat pour déterminer l'un de ses éléments, cette opération ne revêtant alors aucun caractère contentieux, il n'en va pas de même lorsque ce même tiers s'acquitte de la même mission à l'occasion de la modification du contrat: en fonction de quel élément opter alors pour l'une ou l'autre qualification?»<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> Ibid.

<sup>619</sup> Voir le rapport de R. Fougues-Duparc dans Rodière et Tallon supra note 580, à la p. 68; De Page, supra note 19, no. 364; Matray, «Le recours à l'arbitrage en vue de suppléer aux lacunes des contrats commerciaux à long terme (droit belge)» supra note 291, p. 18 et s.; Bruxelles, 19 avril 1932, Bull. Ass. 1932, 377; Cass., 6 février 1974, J. T., 1974, 292.

<sup>620</sup> Supra note 579, p. 809.



On peut mesurer ici toute sa réticence à admettre dans ce cas l'existence d'un litige et partant, toute possibilité d'arbitrage. En fait il ne semble disposé à admettre cela que dans la mesure où les parties ont eu l'intention d'obtenir un verdict de nature juridictionnelle<sup>621</sup>. On remarquera cependant que dans sa formulation de la problématique<sup>622</sup>, cet auteur admet que l'utilisation du critère tiré du litige s'avère relativement difficile dans l'hypothèse où le tiers intervient à l'occasion de la modification du contrat. Car alors, toujours selon lui, à cette étape, le recours au tiers peut s'expliquer soit par l'indécision des parties soit par leur volonté de s'en remettre à un expert quant à l'existence d'un litige sur les modalités d'exécution de cette modification. C'est dire qu'à tout le moins partiellement, il reconnaît qu'un litige peut survenir relativement à l'adaptation du contrat, qu'un tiers peut être sollicité pour vider. C'est dire que l'adaptation contractuelle par un tiers n'est pas étrangère à l'arbitrage. Dès lors pourquoi toute cette hésitation? D'ailleurs cet auteur critique maintenant la latitude donnée à la volonté des parties «pour la détermination de la nature des pouvoirs qu'elles ont entendu attribuer au tiers»<sup>623</sup>. En vérité, il faut distinguer entre les possibilités suivantes: soit les parties se sont engagées à renégocier leur contrat advenant la survenance de circonstances bouleversant l'économie de leur contrat. Elles ne s'accordent pas le moment venu sur la nature des circonstances. On peut alors considérer qu'il y a litige entre elles.

---

<sup>621</sup> Cette position est clairement perceptible lorsque l'auteur écrit: «La qualification dépend du point de savoir si les parties, en recourant à un tiers entendent vraiment coopérer et faire aplanir à l'amiable leurs éventuels désaccords, ou si au contraire elles entendaient opposer leurs prétentions et obtenir une décision juridictionnelle [...]» Oppetit supra note 579, p. 809.

<sup>622</sup> Supra 579.

<sup>623</sup> B. Oppetit, «Sur le concept d'arbitrage» supra note 327, p. 235. Une latitude qu'il qualifie d'ailleurs d'«excessive».

Le fait est que si les parties ne s'accordent pas sur le point de savoir si les circonstances survenues sont celles qui doivent enclencher la renégociation du contrat, celle-ci ne peut être mise en oeuvre, du moins par les parties elles-mêmes, puisqu'au moins, une d'entre elles refuse d'admettre qu'il y a matière à renégociation, ce qui témoigne d'un net désaccord. Or quelle est la nature de ce désaccord? Il faut rappeler que l'engagement initial des parties était de renégocier le contrat advenant son bouleversement par des circonstances postérieures. Si le moment venu elles ne s'entendent pas pour y procéder, c'est l'exécution même de leur contrat qui est en cause. Il s'agit précisément de la clause par laquelle elles se sont engagées à revoir le contrat dont la renégociation pose problème. Il s'agit donc d'un désaccord qui porte sur l'exécution d'un acte juridique, autant dire que les parties peuvent s'affronter sur la base d'arguments juridiques surtout que le lien juridique est ici indiscutable. Ainsi est-il pour l'une et l'autre d'expliquer juridiquement pourquoi la condition de leur engagement de rénégocier est réalisée ou pas. Dès lors que les parties ont des arguments juridiques à faire valoir à l'appui de leurs prétentions, on peut soutenir qu'elles sont en litige<sup>624</sup>. Si un arbitre est saisi de ce litige, il n'aura pas à procéder à une quelconque adaptation ou révision, mais tout simplement à dire si les conditions de la renégociation sont remplies. Autrement dit, il aura à trancher la question de savoir si les circonstances considérées bouleversent l'économie du contrat. Ou encore, les parties s'accordent sur la nature des circonstances qui doivent enclencher les renégociations, elles les engagent mais ne s'entendent pas sur les modifications à apporter au contrat, autant dire qu'elles ne s'entendent pas sur les termes de l'adaptation. Elles s'en remettent alors à un tiers pour ce faire.

---

<sup>624</sup>Jarrosson, *supra* note 195.

Dans ce cas, le tiers serait en réalité saisi pour aplanir un litige, un différend, celui portant sur les termes de la modification à apporter au contrat, de sorte qu'en vérité il s'agirait d'un arbitre. Encore faut-il que nous nous mettions d'accord sur la compatibilité ou non de la fonction juridictionnelle de l'arbitre avec l'adaptation du contrat. Nous étudierons ce problème plus loin. Que les parties s'entendent pour recourir à ce tiers seulement au moment où est née leur divergence quant aux modifications à appliquer à leur contrat, et non dès la formation de celui-ci, ne change rien à l'existence du litige et donc à la possibilité de l'arbitrage. Alors on comprend la perplexité de Kassis<sup>625</sup> devant les réticences de Oppetit à admettre clairement qu'il y a litige. Il s'interroge:

«Est-ce vrai, comme le pense Oppetit, que l'existence d'un litige peut-être douteuse dans la situation envisagée?»<sup>626</sup>.

Pour épuiser son interrogation, Kassis donne un exemple démonstratif de la possibilité d'existence d'un litige en la matière:

---

<sup>625</sup> Supra note 195, p. 317 et ss. Kassis a d'autant plus raison que nous sommes véritablement face à une situation conflictuelle justifiant une réponse juridictionnelle. Sinon comment expliquer que dans EDE C. Soc. Shell française supra note 586, le juge ait accepté à l'issue de l'échec des négociations des parties d'intervenir en leur imposant une nouvelle phase de négociations. Certes il s'agit ici d'un juge, mais un arbitre aurait pu également intervenir puisqu'il a la *juridictio*. Il est vrai que le juge n'a pas à proprement parler procédé à l'adaptation, il s'est contenté d'imposer aux parties de renégocier et pour éviter que cela traîne ou échoue à nouveau, il leur a adjoint un tiers pour les assister. Il s'est réservé cependant la possibilité d'adapter lui-même le contrat en remplaçant la clause d'indexation s'il y a lieu, à condition toutefois que cela n'altère pas la volonté des parties. Si un juge peut agir ainsi, pourquoi pas l'arbitre surtout que l'échec des négociations signifie qu'un litige est né?

<sup>626</sup> Ibid., p. 317.

«Deux parties ont inséré dans leur contrat une clause expresse de révision du prix, en stipulant qu'en cas de désaccord entre elles sur la révision, elles n'auront pas la faculté de se retirer du contrat mais resteront liées par ce dernier, le prix devant être révisé, en cas de désaccord, par les voies de droit et sur la base de la clause de révision. Par ailleurs, ces mêmes parties n'ont pas prévu, pour le règlement de leur désaccord sur le prix révisé, de recourir à un tiers, ni en qualité d'arbitre dans le sens du Code de procédure civile, ni en une autre qualité. La hausse des prix qui déclenche la mise en oeuvre de la clause de révision intervient. Tout en étant d'accord sur le principe de la révision, les parties n'arrivent pas à s'entendre sur l'augmentation à apporter au prix initial»<sup>627</sup>.

Il s'agit là manifestement d'un cas qui met en lumière un litige découlant du non accord sur la modification à apporter au contrat. Il peut donc parfaitement y avoir litige en matière d'adaptation contractuelle et Kassis a raison de dire qu'on doit ici, admettre l'existence d'un litige. Dans le cas posé par Kassis, nous ferons remarquer que les parties n'ont pas prévu le moyen juridique d'aplanir les éventuelles contestations issues de l'échec des négociations pour modifier le contrat. La question est alors de savoir: les parties n'arrivant pas à s'entendre sur la modification, un tiers (juge ou arbitre) peut-il leur imposer une adaptation?

---

<sup>627</sup>*Ibid.*, p. 318.

## **Section II Fonction juridictionnelle et adaptation du contrat.**

Nous verrons dans cette partie que les pouvoirs dont l'arbitre dispose sont de nature juridictionnelle tout comme ceux du juge. Toutefois sa mission à lui est d'origine contractuelle, et c'est ce qui fait difficulté lorsqu'on s'interroge sur son pouvoir d'adapter ou non le contrat. En fait la question de l'adaptation ou de la révision du contrat reste délicate qu'on l'applique à l'arbitre ou qu'on l'applique au juge. Aussi, allons-nous considérer successivement le problème de la révision judiciaire du contrat (imprévision)<sup>628</sup> et celui de la révision du contrat par l'arbitre<sup>629</sup>. Nous analyserons les pouvoirs du juge en l'absence de clause, ceux de l'arbitre dans les mêmes circonstances, puis les pouvoirs de l'arbitre en présence de clause et ceux du juge dans les mêmes conditions.

### **I Position du problème.**

Dès que l'exécution de leur contrat s'échelonne dans le temps, les parties risquent d'assister au bouleversement de son économie par des changements de circonstances. C'est que le contenu des obligations d'un contrat est fonction d'un certain nombre de données existantes au moment de l'échange des consentements. Si ces données viennent à être modifiées, alors c'est l'équilibre du contrat qui risque de s'en trouver bouleversé. Un exemple concret est celui de la hausse du prix du marché.

---

<sup>628</sup> J.L. Baudouin, *supra* note 468, no. 424 et s., M. Tancelin, *supra* note 468, p. 145; *Force majeure et imprévision*, Paris, C.C.I., 1985, Flour et Aubert, *Les obligations: l'acte juridique*, vol. 1, Paris, Armand Colin, 1985, p. 311 et ss.; Stefan Martin, «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois» (1993) 34 *C.de D.* 599.

<sup>629</sup> C. Jarrosson, *supra* note 195, p. 304 et s.

Le juge peut-il alors réparer ce bouleversement (*hardship*) même si les parties n'ont pas prévu cela? Certains pensent que oui (c'est la théorie de l'imprévision). Il ne s'agit pas de n'importe quel bouleversement. On ne peut parler d'imprévision que dans le cas où l'exécution d'un contrat devient plus onéreuse en raison de circonstances postérieures à sa conclusion. Il s'agit d'une question d'ordre économique et financier. Si l'événement imprévu se situe sur un autre terrain, le problème de l'imprévision ne se pose pas<sup>630</sup>. Si l'imprévision suppose que l'exécution est devenue plus onéreuse, cette dernière reste toutefois possible. Ainsi peut-on distinguer imprévision et force majeure. Ces deux institutions ont toutefois des points communs: les circonstances doivent être raisonnablement imprévisibles, ne pas être attribuables à une faute du débiteur et subvenir postérieurement à la conclusion du contrat. La force majeure se démarque aussi de l'imprévision au plan des conséquences. La force majeure une fois ces conditions réunies, libère temporairement le débiteur lorsque l'impossibilité est passagère, et le libère complètement quand l'impossibilité est définitive. L'imprévision contrairement à la force majeure, offre les solutions suivantes: la révision ou la résiliation du contrat, si les parties l'ont ainsi prévu ou si le droit appliqué par le juge saisi le permet, ou au contraire le maintien du contrat selon ses dispositions initiales.

---

<sup>630</sup> Ch. soc. 11 juin 1942, Dalloz crit. 1943, p. 143 note Flour. Dans cette décision, un auteur cède un contrat de cinéma muet. Puis arrive le cinéma parlant. Il s'agit bien d'un événement imprévu. Toutefois, cet imprévu n'est pas en tant que tel d'ordre économique et financier. Il n'y avait donc pas imprévision. Il n'est cependant pas exclu que les conséquences financières d'un tel changement conduisent à l'imprévision;; Trib. Seine 28 nov 1934 Dalloz II 97 note Sallé De la Marnière: un contrat conclu avant la dernière guerre contenait une clause attributive de compétence: il stipulait qu'"en cas de litige au sujet de l'exécution du contrat, le procès serait porté devant les tribunaux de la Seine. La guerre survint et Paris fut occupé par l'ennemi. Les contractants dont il s'agit s'étaient réfugiés en zone non occupée, un litige survenant au sujet du contrat, fallait-il les obliger à saisir le tribunal siégeant à Paris? La réponse fut négative, les parties n'avaient pas prévu la guerre et l'occupation de Paris. La clause attributive de compétence a été écartée et un tribunal, en zone non occupée, a pu être saisi; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Les obligations, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1995, p. 504 et s.

Le *hardship* consistant dans le déséquilibre entre les prestations des parties à raison des circonstances postérieures à la conclusion du contrat, elle se distingue par là-même de la lésion. Ici, le déséquilibre des prestations existe dès la conclusion du contrat. Concrètement cela signifie que dans l'imprévision, le prix fixé est juste au départ. Dans le cas de la lésion, il est injuste dès le départ.

## **II La révision du contrat en présence d'une clause.**

### **1 Le cas du juge.**

«Jamais [...] que l'on sache, un juge étatique n'a eu l'ombre d'un doute qu'il peut mettre en application une clause contractuelle de révision, que le caractère juridictionnel de sa fonction s'en trouve systématiquement compromis. Nous n'avons pas trouvé un seul arrêt manifestant ce scrupule»<sup>631</sup>.

Et cela est vrai. Et à partir de là, il est facile de comprendre que si le contrat contient une clause de révision, le juge la mettra en oeuvre conformément au principe de l'autonomie de la volonté des parties. Et ce n'est pas en appliquant la volonté des parties que le juge peut se faire reprocher de faillir ou d'outrepasser sa mission juridictionnelle. A moins que la clause que le juge est invité à appliquer soit contraire à la loi.

---

<sup>631</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 321.

## 2 Le cas de l'arbitre.

### 2.1 La nature du pouvoir de l'arbitre.

S'intéressant dans son étude au juge dont la mission juridictionnelle n'est pas à démontrer, Jarrosson affirme que la mission du juge s'est considérablement étendue, notamment pour ce qui est de l'objet du jugement. Ainsi, le litige *stricto sensu* n'est plus le seul objet du jugement, le juge se comportant désormais comme un expert en économie, un contrôleur de gestion, censeur des époux, défenseur de l'enfant, créateur de dispositions contractuelles. Cette extension peut et doit également être reconnue à l'arbitre<sup>632</sup>. Pour cet auteur, l'arbitre est aussi un juge mais un juge privé. Lui et le juge ont exactement la même mission, seule leur origine diffère, de sorte que tout comme le juge, l'arbitre a la *jurisdictio*<sup>633</sup>. D'ailleurs selon lui, cela n'est plus réellement sujet à controverse, du moins dans le principe<sup>634</sup>. Cette mission juridictionnelle avait déjà été soulignée par Motulsky<sup>635</sup>. David s'est fait moins précis sur cette question<sup>636</sup>. Il a écrit ce qui suit:

«L'arbitre est [...] placé dans une situation voisine de

---

<sup>632</sup> Jarrosson, *supra* note 195, p. 110.

<sup>633</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>634</sup> *Ibid.*

<sup>635</sup> Motulsky, *supra* note 195, p. 42-47.

<sup>636</sup> L'arbitrage pour lui étant une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat. Voir R. David, *supra* note 281, p. 9.



celle du juge, et il en est ainsi qu'il ait à trancher une contestation juridique ou à résoudre une question qui ne pourrait pas être soumise à un tribunal étatique, - qu'il ait à établir souverainement des faits ou à donner une solution selon le droit, - que sa décision épuise le conflit survenu entre les parties ou qu'elle doive constituer seulement un élément indiscutable dans la solution de ce litige. [...] Qu'il ait à trancher une contestation juridique ou qu'il ait à dire comment doit être aménagé un rapport contractuel, la situation est, dans son essence, la même, sauf que des éléments d'ordres différents pourront devoir être pris en considération dans un cas et dans l'autre. L'arbitre n'est pas un juge, mais l'activité qui lui est demandée peut être qualifiée de quasi-juridictionnelle.»<sup>637</sup>

Il faut d'ailleurs signaler que toujours selon lui:

«L'antinomie que l'on a voulu établir jadis entre contrat et jugement s'est considérablement atténuée. C'est entre autres, une des raisons pour lesquelles [il (R. David) a] cru pouvoir négliger dans [son] ouvrage le problème de la nature, juridictionnelle ou contractuelle, de l'arbitrage; les discussions qui ont lieu à ce sujet [lui] ont paru liées à une conception dépassée, établissant un lien exagérément étroit entre fonction juridictionnelle et procédure judiciaire»<sup>638</sup>.

En fait il adopte une position mitoyenne quant à la question de savoir si la fonction de l'arbitre est juridictionnelle puisque, sans lui nier totalement cette fonction, il se contente de lui en reconnaître une «quasi-juridictionnelle».

---

<sup>637</sup> *Ibid.*, p. 504-505.

<sup>638</sup> *Ibid.*, p. 566.

Au demeurant, la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre ne fait aucun doute<sup>639</sup> puisqu'en réalité, il s'agit d'un individu qui est appelé essentiellement à trancher un litige, sur la base du droit ou même de l'équité s'il s'agit d'un amiable compositeur. L'arbitre à l'instar du juge exerce donc une fonction juridictionnelle. Dès lors nous approuvons la position de Kassis qui affirme:

«À partir du moment où l'on admet que les parties peuvent recourir à la justice étatique pour la mise en oeuvre de la clause de révision, on doit admettre qu'elles peuvent recourir à l'arbitrage juridictionnel à cette fin, ce qui veut dire qu'un litige existe entre elles.»<sup>640</sup>

La nature juridictionnelle du pouvoir de l'arbitre étant reconnue, il faut maintenant se demander si cela l'autorise à adapter le contrat des parties. En réalité la question ainsi posée dissimule les aspérités réelles du problème qui est bien plus complexe. En effet, les réponses à apporter seront-elles les mêmes selon que les parties ont prévu ou pas l'intervention de l'arbitre? Si elles ont prévu son intervention, l'ont-elles spécifiquement fait, ont-elles par une clause particulière, explicitement abordé la question de ses pouvoirs quant au contrat, ou se sont-elles simplement limitées à prévoir une clause compromissoire générale? Et si l'arbitre est appelé à statuer en amiable compositeur? C'est donc pour mieux cerner le problème dans ses réels contours que nous allons successivement considérer l'adaptation ou la révision du contrat en présence de clause à cet effet d'une part, et de l'autre, en l'absence d'une clause spécifique.

---

<sup>639</sup> Voir J. Rubellin-Devichi, L'arbitrage, nature juridique, Paris, L.G.D.J., 1965; Jurisclasseur civil, fascicule 1005; Motulsky supra, note 195, p. 6.

<sup>640</sup> Kassis supra note 195, p. 318.

## 2.2 La révision du contrat par l'arbitre en présence de clause.

Les juges on le sait, doivent appliquer la loi au sens large ce qui inclut sans aucun doute celle des parties à un contrat.

On n'imagine mal comment un juge excèderait son pouvoir juridictionnel s'il applique strictement les clauses contenues dans un contrat, à moins que le contenu des clauses en question soient contraires à la loi ou à l'ordre public. En vérité, il ne se serait que conformé au principe de l'effet obligatoire des contrats<sup>641</sup>.

Si tel est le cas pour le juge étatique, pourquoi en irait-il autrement pour l'arbitre qui a également la *juridictio*? Il n'est donc pas surprenant qu'en droit français, québécois, anglais et américain, l'arbitre ait le pouvoir de réviser le contrat en présence d'une clause, c'est-à-dire s'il a clairement reçu un pouvoir en ce sens.

---

<sup>641</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 321.

### 2.2.1 Le droit français.

Dans ce droit, si les parties n'ont rien prévu en ce sens, la révision judiciaire du contrat est rejetée<sup>642</sup>. Il ne faut pas pour autant en déduire, que les juges y sont hostiles à ce que les parties prévoient des clauses de réaménagement de leur contrat devant opérer automatiquement ou avec l'intervention d'un tiers. Autrement dit, en contractant, les parties peuvent licitement prévoir que leurs stipulations (celles concernant le prix par exemple) seront modifiées si un changement de circonstances économiques survient en cours d'exécution.

Elles pourraient pour se faire user de clauses de variation automatique (clause d'échelle mobile), ou de clauses de révision. Dans ce dernier exemple, la révision pourra être sollicitée par l'une ou l'autre des parties contractantes dès lors qu'un changement aura été constaté dans les circonstances économiques. Il appartient à la convention de préciser les critères qui guideront la révision ainsi que les organes qui en seront chargés<sup>643</sup>. C'est dire que l'arbitre qui jouit également de la *juridictio* peut sur la base d'une clause conventionnelle, réviser le contrat. En pratique, les parties essaient dans un premier temps de se mettre d'accord entre elles avant de recourir à un tiers. Ce fut le cas dans les contrats Ekofisk et Occidental<sup>644</sup>.

---

<sup>642</sup> En droit administratif cependant, cela est admis. Voir Gaz de Bordeaux, CE 20 Mars 1916 Rec., p. 125, Concl. Chardenet; F. Haut, «Contrats administratifs» dans Rodière et Denis Tallon, supra. Nous étudierons plus loin et en détail cette question de révision en l'absence de clause.

<sup>643</sup> Jean Carbonnier, Les obligations, Paris Montchrestien, 1959, p. 497.

<sup>644</sup> Oppetit, supra note 579 p. 808 et ss.

Le contrat Ekofisk prévoyait expressément que dans le cas où les parties ne s'accorderaient pas sur le réajustement des prestations, l'un et/ou l'autre du vendeur ou de l'acheteur pourrait alors recourir à l'arbitrage organisé, en conformité avec la clause compromissoire, et demander aux arbitres de déterminer les nouvelles conditions du contrat<sup>645</sup>. Cette «chance supplémentaire»<sup>646</sup> de sauver le contrat, n'existait pas dans le contrat Occidental qui permet à la partie qui allègue le *hardship* de se dégager du contrat si elle ne parvient pas à un accord avec son partenaire au terme d'une période de 90 jours. Dans l'affaire EDF c. Shell française<sup>647</sup>, la Cour d'appel se réserve la possibilité de déterminer:

«Si la formule qui pourrait éventuellement convenir sur le plan financier modifie les données du contrat en cours et interdit par conséquent au juge de l'imposer, ou bien si elle se borne, comme l'ont voulu les parties, et sans altérer l'économie des contrats, à adapter le prix aux fluctuations du marché et peut donc être substituée d'office»<sup>648</sup>.

---

<sup>645</sup> Ce contrat présente néanmoins une difficulté. Il prévoit à l'intérieur même de la clause de *hardship*, la possibilité pour la partie non à l'origine du recours à l'arbitrage, de refuser la décision de l'arbitre, ce qui laisse penser que l'on se trouve en matière contractuelle et non juridictionnelle. Mais quand bien même, on considérerait le tiers saisi comme un mandataire, une autre difficulté surgirait au cas où un véritable litige opposerait ultérieurement les parties à propos de l'exécution du contrat: il est difficile de concevoir que ce tiers, ayant déjà connu à un autre titre de l'application de ce contrat, puisse se prononcer à nouveau en tant qu'arbitre C'est du moins ce que pense Oppetit (supra note 579, p. 809).

<sup>646</sup> Oppetit, supra note 579, p. 811.

<sup>647</sup> Supra note 586.

<sup>648</sup> Ibid.

Il en découle que la Cour d'appel de Paris admet qu'elle pourrait, sur la base d'une clause de *hardship*, modifier le contrat sans toutefois aller jusqu'à en «altérer l'économie»<sup>649</sup>. Si des juges étatiques comme ceux de la Cour d'appel de Paris se reconnaissent le pouvoir de remodeler le contrat sur la base d'une clause de révision, pourquoi un arbitre (statuant en droit ou en amiable compositeur) ne le pourrait-il pas? Et si cela est vrai pour le droit français, cela devrait l'être pour les droits qui s'en inspirent, sous réserve de la loi ou de l'ordre public. Ainsi comme nous allons le voir, rien en droit québécois ne s'oppose *a priori* à ce qu'une clause permette à l'arbitre de réviser le contrat<sup>650</sup>.

### 2.2.2 Le droit québécois.

Comme l'a écrit E. Groffier:

«Le pouvoir de révision des arbitres n'a pas été exploré de manière approfondie au Québec. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence tout comme l'enquête empirique à laquelle nous nous sommes livrés auprès d'associations professionnelles et auprès de certains praticiens a montré que rien ne s'oppose à ce que l'arbitrage soit utilisé comme technique de révision des contrats, mais que cette pratique ne semble pas fréquente»<sup>651</sup>.

---

<sup>649</sup> Ibid.

<sup>650</sup> Voir Ethel Groffier, «La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats», (1977) R.D. U. S., 75; Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée, supra note 974.

<sup>651</sup> Ibid., p. 81.

C'est une pratique que l'on rencontre dans des secteurs spécialisés comme ceux de la construction où des litiges découlant de changements de circonstances sont souvent soumis à la médiation et en cas d'échec à arbitrage. Ainsi dans la cause Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée<sup>652</sup>, une clause allant dans ce sens a été discutée:

«(article 25) advenant que, durant l'exécution des travaux, les conditions du sous-sol à l'emplacement soient jugées différentes matériellement de ce qui était indiqué dans les documents du contrat ou autrement représenté par écrit par le propriétaire ou l'ingénieur à l'entrepreneur, l'entrepreneur doit alors en avertir sans délai l'ingénieur par écrit. L'ingénieur doit faire enquête sans délai sur ces conditions et s'il juge qu'elles diffèrent matériellement et qu'il en résulte une augmentation ou une réduction du coût ou du temps requis pour l'exécution du présent contrat, un redressement équitable doit être effectué entre les parties, et le contrat modifié en conséquence par écrit. Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur le redressement à faire, le différend peut alors être réglé tel qu'il est prévu à l'article 39. (article 39) Dans le cas de tout différend entre le propriétaire, (ou l'ingénieur agissant en son nom) et l'entrepreneur, en ce qui concerne leurs droits et leurs obligations respectives en vertu du présent contrat, l'une ou l'autre des parties aux présentes aura droit de donner à l'autre un avis de ce différend et de demander l'arbitrage à son propos; et les parties peuvent, en ce qui concerne le sujet particulier du différend, convenir de soumettre ce différend à l'arbitrage conformément à la loi applicable aux lieux de la construction. Les procédures d'arbitrage ne peuvent pas avoir lieu avant le parachèvement des travaux sauf (a) quant à un débat relatif à un certificat de paiement, ou

---

<sup>652</sup>Supra note 650.

(b) dans le cas où l'une ou l'autre des parties peut démontrer que le sujet du différend est d'une telle nature qu'il exige une considération immédiate alors que la preuve est disponible»<sup>653</sup>.

La Cour a admis la validité d'une telle clause, et a estimé qu'elle conférerait aux arbitres les mêmes pouvoirs que ceux donnés à l'ingénieur. Voici donc une clause qui donne à l'arbitre le pouvoir de modifier. Une clause similaire était au centre de la cause Commission scolaire régionale des Bois Francs c. J.H. Dupuis Ltée<sup>654</sup>.

«L'architecte décidera de toutes les questions litigieuses qui pourraient survenir relativement à l'interprétation des devis, des plans à l'entreprise ainsi que celles se rapportant aux estimations. Les décisions de l'architecte seront transmises à l'entrepreneur par écrit.

Si l'entrepreneur cependant prétend que telle décision est en contradiction avec les plans ou devis ou amène des modifications aux travaux déjà exécutés, posés ou en voie d'exécution, ou que telle décision a été rendue par erreur, il en signalera le fait à l'architecte. L'architecte déterminera la procédure à suivre et décidera de l'exécution des travaux. Si un excédent de frais découlait de ces travaux, il sera réglé entre l'architecte et l'entrepreneur ou à défaut, par voie d'arbitrage. Toute question litigieuse ne sera discutée qu'avec l'entrepreneur».

---

<sup>653</sup> Ibid.

<sup>654</sup> [1975] C.A 759 et commentaires de D. Ferland et H. Reid «La Cour d'appel et la clause compromissoire», (1975) 16 C. de D. 719, note 10.



Dans la cause St Raymond Paper c. Campeau Corp.<sup>655</sup>, le contrat des parties contenait ce passage:

« 23 Prix, indexation et paiement

Le prix payable au vendeur par l'acheteur pour les copeaux de bois vendus dans la présente entente sera celui décrit et fixé à l'annexe «A» laquelle fait partie intégrante du présent contrat.

Annexe A

Le prix des copeaux pour l'année 1975 sera de \$59.50 par tonne anhydre.

Le prix pour chacune des années suivantes du contrat pourra faire l'objet de négociations à tous les ans. En effet, si une des parties n'en est pas satisfaite, elle pourra le dénoncer valablement au moyen d'un avis écrit adressé à l'autre entre le 90<sup>e</sup> et le 60<sup>e</sup> jour avant la date d'anniversaire susdite. A défaut de tel avis, le contrat se continuera alors pour une autre période d'une année alors que le même droit de dénonciation pourra être exercé de nouveau. Dans le cas contraire, les parties devront le négocier entre le 60<sup>e</sup> et le 30<sup>e</sup> jour avant la date d'anniversaire susdite et à défaut d'entente entre les parties, les parties référeront leur litige au conseil d'arbitrage prévu à l'article 12 [...]. Pendant le temps des négociations et de l'arbitrage prévu [...], tous les termes et conditions incluant le prix continueront d'être en vigueur jusqu'à l'entente ou la décision finale et lorsque applicable la décision devra être rétroactive au 1<sup>er</sup> jour de la période concernée»

---

<sup>655</sup> C.A. Montréal, 17 novembre 1976, no. 09-000639-76 5.

À la lecture de cette clause, on perçoit clairement la volonté des parties de pratiquer un prix qui tienne compte de l'évolution des circonstances. Les parties s'aménagent la possibilité de renégocier le prix et, si elles ne s'entendent pas là-dessus, la commission d'arbitrage prévue au contrat tranchera. Les parties ne réussissant pas à s'entendre sur le prix, Campeau demande l'arbitrage, St. Raymond refuse. Après être passée devant le premier juge, l'affaire est soumise à la Cour d'appel. Après avoir reconnu la validité d'une telle clause le juge s'est prononcé de la façon suivante quant à la question de savoir si les parties pouvaient confier à des arbitres, le soin de déterminer le prix comme le prévoyait le contrat:

«Dans le cas présent, le prix est déterminé quant à son espèce, puisqu'il s'agit d'une somme d'argent. D'autre part, la quotité de cette somme peut être désignée par arbitrage, suivant la volonté des parties».

En d'autres termes, une telle clause est valable et l'arbitre peut y puiser son pouvoir de modifier le prix. Il semble donc qu'en droit québécois, on puisse affirmer la possibilité pour un arbitre de réviser un contrat sur la base d'une clause. Qu'en est-il du droit anglais et américain?

### 2.2.3 Les droits anglais et américain.

En droit anglais<sup>656</sup> ou américain, l'arbitre a le pouvoir de modifier le contrat, si tant est qu'il en a reçu le pouvoir, et que l'ordre public ou la loi ne s'y opposent pas. De là, il est facile de déduire qu'en présence d'une clause, un arbitre amiable compositeur ou statuant en droit peut réviser ou adapter un contrat, si la loi ou l'ordre public ne s'y opposent pas. Un arrêt américain est particulièrement de nature à conforter nos conclusions<sup>657</sup>. Aeronaves de Mexico, une ligne aérienne traitant des vols à l'aéroport Kennedy à New York, a conclu avec Triangle Aviation Services, un contrat pour des services au sol pendant les escales des avions d' Aeronaves à l'aéroport Kennedy. Les tarifs pour les services ont été fixés en fonction du nombre et du genre d'aéronefs employés par Aeronaves.

---

<sup>656</sup> Sur le droit anglais, voir E. and G. Sykes (Wessex) Ltd. v. Fine Fare Ltd. (1967) 1 Lloyds. Rep. 53 (C.A.). Dans cette espèce, il était question de fourniture de volailles sur une longue période. Le contrat était silencieux sur le nombre d'animaux à fournir à partir de la deuxième année. Il contenait cependant une clause d'arbitrage suivant laquelle les parties s'engageaient à résoudre par la voie de l'arbitrage tout différend sur le sens ou sur l'effet de leur accord en ce qui concerne l'exécution par chaque partie de ses obligations contractuelles et pour toutes les matières incidentes. Il a été jugé que faute d'accord entre les parties, l'arbitre avait le pouvoir de décider le nombre à fournir. Cette espèce montre bien qu'en présence d'une clause, l'arbitre peut modifier le contrat; Aluminium Co. Of America c. Essex Group, 53, W. D. Pa., F. Supp.; Mustill & Boyd, Commercial Arbitration, 2nd éd.; Londres, Butterworths, 1989, p. 111-112; Ewan McKendrick: «Force majeure and Frustration of Contract, Londres, Lloyd's of London Press Ltd..

<sup>657</sup> Aeronaves de Mexico. S.A. c. Triangle Aviation Services. Inc rapporté par Howard M. Holtzmann, «Le droit des États-Unis relatif aux pouvoirs de combler les lacunes d'un contrat à long terme», (1975) Rev. arb., p. 48 et ss; G. Aksen, «Legal Consideration in Using Arbitration Clauses to Resolve Future Problems», (1973) 28 Business Lawyer, p. 594-601; G. Bernini, «Adaptation of Contracts» dans New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, Paris I.C.C.A. Congress Series, no. 1, 1978, p. 193; du même auteur, «Arbitration during the Process of Long term Contracts», (1977) 43 Arbitration, p. 51; du même auteur, «Arbitration in multiparty Business Disputes» (1980) 5 Yearbook of Commercial Arbitration, p. 291; P. Goldberg, «Price Adjustment in Long term Contracts», (1985) Wisc. Law Review, p. 527; Aluminium Co. Of America c. Essex Group, F. Supp. 53 (W. D. Pa. 1980).

Le contrat prévoyait aussi que si le nombre de vols, le type d'avion, ou la charge des services changeaient, Triangle déterminerait le cas échéant, quels seraient le personnel et l'équipement additionnels requis et que «l'augmentation des tarifs qui en résulterait serait négociée à la satisfaction des deux parties»<sup>658</sup>. Le contrat contenait en outre une clause d'arbitrage selon laquelle «tout différend relatif à ce contrat, ou né de celui-ci ou de sa violation serait exclusivement résolu par l'arbitrage»<sup>659</sup>. À l'époque où le contrat fut formé, Aeronaves utilisait des D.C.-8. En pleine exécution du contrat, des avions D.C-10 furent adoptés avec pour effet d'exiger des services de manutention plus importants. Aeronaves refusa pourtant de payer l'augmentation de prix qui en découlait. Alors Triangle tenta de soumettre le différend à arbitrage, mais Aeronaves y était opposé prétendant que la fixation d'un nouveau prix excédait le cadre de l'arbitrage. Saisie du conflit, la Cour a admis l'autonomie de la volonté des parties en limitant son rôle quant à savoir si le différend pouvait être arbitré ou pas, à celui de rechercher ce que le contrat avait prévu<sup>660</sup>. Après étude des questions qui lui étaient soumises, la Cour a affirmé:

«Ce qui est l'objet du litige ici est la renégociation du tarif pour un service futur lié à la survenance d'une situation commerciale antérieurement envisagée [...] Si une augmentation du tarif ne peut être négociée à la satisfaction des deux parties, une telle absence d'accord crée un conflit susceptible d'arbitrage selon la clause arbitrale [...]. Quand le contrat fut conclu, il était prévu

---

<sup>658</sup> Traduction de Holtzmann *supra* note 291; G. Aksen, *supra* note 657.

<sup>659</sup> *Ibid.*

<sup>660</sup> Elle a sur ce point cité en appui de sa position, Hamilton Life Insurance Co. v Republic National Life Insurance Co., 408 F. 2è 260 (2è Circuit 1969) qui a jugé que «la fonction de la Cour se limite à rechercher si la partie demanderesse exprime une prétention qui, de toute évidence, est réglée par le contrat d'arbitrage».

par les parties qu'un conflit pourrait se produire en raison des changements dans les horaires des vols ou la charge sur les avions D.C.-8. Ces questions sont susceptibles d'être résolues par l'arbitrage. En l'espèce, l'arbitrage était un moyen raisonnable que les parties pouvaient employer pour fixer les frais et tarifs, faute d'accord amiable. Sans une disposition semblable, comme le changement dans le type d'avion était prévisible et un taux raisonnable du tarif ne pouvait pas être fixé d'avance, les parties sans la clause compromissoire n'aurait eu qu'un *nudum pactum*, ou un accord pour se mettre d'accord. Il est superflu de rechercher si l'une ou l'autre des parties avait le pouvoir unilatéral d'annuler ou de terminer ce contrat conclu pour une durée fixe par son seul refus de se mettre d'accord avec son partenaire. En négociant une clause appropriée aux circonstances de la cause, les parties ont donné aux arbitres des pouvoirs suffisamment larges pour fixer les prix litigieux»<sup>661</sup>.

Les arbitres en ayant expressément reçu le pouvoir, le juge a estimé à bon droit qu'ils pouvaient modifier le prix du contrat pour l'adapter aux conditions nouvelles. Si le pouvoir d'adapter se conçoit aisément en présence de clause, qu'en est-il en l'absence de clause<sup>662</sup>?

---

<sup>661</sup> Dans le même sens voir American Home Assurance Co. v American Fidelity and Casual Co. 365 F. 2<sup>e</sup> 690 (2<sup>e</sup> Circuit 1969). Traduction de Holtzmann *supra* note 460; Hirsch c. Hirsch, 356 N. Y. S. 2d 884 Cour Suprême de New York, Section 1974).

<sup>662</sup> Comme nous l'avons déjà vu, le *hardship* (imprévision) ne constitue pas une cause d'exonération aux yeux des Principes d'Unidroit. Il est simplement reconnu à la victime le droit d'exiger la renégociation du contrat. En cas d'échec, celui-ci pourra être adapté par un tiers ou tout simplement résolu. Et comme nous le verrons plus loin, la Convention de Vienne ne consacre pas davantage la théorie de l'imprévision.

### **III La révision du contrat en l'absence de clause à cet effet.**

Le cas de l'arbitre et celui du juge seront ici successivement traités.

#### **1 La révision du contrat par l'arbitre en l'absence de clause à cet effet.**

L'arbitre pouvant être un amiable compositeur, il convient de distinguer.

##### **1.1 La révision du contrat par l'arbitre statuant en droit.**

Comme on le sait, l'arbitre qui n'a pas les pouvoirs d'amiable compositeur doit rendre sa sentence sur la base du droit et non en équité. La difficulté que nous tentons ici de cerner est celle où les parties n'ont pas spécifiquement prévu les pouvoirs de l'arbitre relativement au contrat. En d'autres termes il n'y a aucune référence explicite ou significative quant à son pouvoir de réviser le contrat. La question est dès lors de savoir si l'arbitre saisi d'un litige qui ne concerne pas la révision peut malgré tout, *proprio motu*, ou à la demande d'une seule des parties, sur la base de la clause compromissoire classique, prévoyant la possibilité de soumettre les litiges éventuels à subvenir à arbitrage, sans autres précisions, procéder à la révision? Autrement dit la clause compromissoire doit-elle être considérée comme couvrant la révision du contrat des parties? Il importe d'emblée d'affirmer que «l'idée même d'adaptation du contrat par l'arbitre est parfaitement concevable»<sup>663</sup>.

---

<sup>663</sup> Jarrosson, *supra* note 195, p. 311; R. Fabre, «Les clauses d'adaptation dans les contrats», (1983) *R.T.D.Civ.*, p. 1 et s.; Vinole, «Aléas économiques et contrats internationaux concernant le cycle du combustible nucléaire; clause de sauvegarde ou de sauvetage» (1984) *Cahier jurid. De l'élect. Et du Gaz*, p. 1 et s.; Silard, «Clause de maintien de la valeur-or dans la transaction internationale» (1972) *Clunet*, p. 214; la sentence C. C. I., No. 2508 (1974) dans Jarvin et Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la C. C. I.*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, p. 292 et s.

Ainsi, la loi française no. 75-597 du 9 juillet 1975 (modifiée par celle du 11 octobre 1985) relative aux clauses pénales, et qui ajoute un deuxième alinéa à l'article 1152 du Code civil français autorise le juge à modérer ou aggraver la peine qui avait été convenue «si elle est manifestement excessive ou dérisoire». Ce pouvoir ainsi consenti au juge (ou à l'arbitre) s'impose aux parties puisque selon l'alinéa 2 de l'article 1152 précité, «toute stipulation contraire sera réputée non écrite». Ayant à son tour subi la modification de la loi du 9 juillet 1975 précitée, l'article 1231 Code civil français stipule:

«Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite»,

Ce qui est constitutif d'une autorisation au juge (ou à l'arbitre) lorsque l'engagement a été exécuté en partie, de diminuer la peine convenue, proportionnellement à l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier. L'article 1244 al. 2 du Code civil français (modifié par la loi du 20 août 1936) en stipulant:

«Les juges peuvent [...], en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an, et surseoir à l'exécution des poursuites toutes choses demeurant en l'état»,

permet au juge et sans aucun doute à l'arbitre statuant en droit d'accorder au débiteur un délai de grâce en considération de sa position ou de sa situation économique<sup>664</sup>. Il est un autre texte qui n'est pas moins intéressant à utiliser. Il s'agit de l'article 1135 du Code civil français aux termes duquel:

«Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature»<sup>665</sup>.

Ce texte qui porte en lui l'idée de justice contractuelle et qui peut donc servir de base légale à une révision contractuelle par le juge ou l'arbitre, a l'avantage d'être libellé en termes larges et vagues. À travers ces textes il est clair que l'adaptation du contrat par l'arbitre ne peut être perçue comme une hérésie. Toutefois, la question serait infiniment plus facile à résoudre si l'arbitre disposait d'un texte qui lui servirait de base en l'absence de clause lui accordant le pouvoir de réviser le contrat. Mais, et cela nous ramène à l'hypothèse que nous examinons, les parties ayant simplement prévu une clause compromissoire n'abordant pas du tout la question de la révision, celle-ci implique-t-elle pouvoir pour l'arbitre de réviser le contrat en l'absence de clause spécifique?

Partons de l'hypothèse que les parties ont rédigé leur clause compromissoire de manière assez large. Par exemple elles n'ont pas seulement entendu soumettre «tout litige éventuel relatif à la validité du contrat» à arbitrage mais bien «tout différend qui pourrait surgir dans l'exécution ou à l'occasion de leur contrat».

---

<sup>664</sup> Ibid.

<sup>665</sup> L'article 1434 C.c.Q. est aux mêmes effets.



Il va sans dire que dans le premier cas, l'arbitre ne peut d'aucune façon envisager la révision du contrat, puisque selon la clause compromissoire sa mission consiste exclusivement dans «tout litige éventuel relatif à la validité du contrat». Cela dit, les choses peuvent paraître plus compliquées dans le deuxième cas où la clause compromissoire est rédigée de façon bien plus large. L'on peut être tenté ici de reconnaître à l'arbitre le pouvoir de réviser le contrat. Encore faudrait-il que les parties l'aient saisi d'un différend qui les oppose quand aux modifications à apporter au contrat afin de l'adapter aux circonstances nouvelles, car la clause compromissoire a beau être large, elle ne saurait permettre à l'arbitre de se mettre à trancher au delà du litige spécifique dont il est saisi, tous ceux dont il aurait pu être saisi. Statuant en droit tout comme le juge, il est aussi tenu de ne pas se prononcer *ultra petita*. Tout comme le juge, il ne saurait en l'absence de clause adapter ou réviser le contrat. Voilà pourquoi il ne saurait de son propre chef, sur la base d'une telle clause, ou même à la demande d'une des parties procéder à la révision<sup>666</sup>. Il convient d'avoir à l'esprit que les parties peuvent avoir accordé à l'arbitre des pouvoirs d'amiable compositeur, même si elles n'ont point envisagé l'adaptation du contrat par lui. Dès lors, peut-il réviser le contrat?

---

<sup>666</sup> Affaires no. 1512, (1974) *Clunet*, p. 905; no. 2216, (1975) *Clunet*, p. 917; no. 2404, *Recueil des sentences de la C. C. J.*, *supra* note 663, p. 292 et s.

## 1.2 La révision par l'arbitre statuant en amiable compositeur.

Rappelons avec les termes mêmes de Jarrosson que:

«La clause d'amiable composition est certes une disposition contractuelle, mais il n'est pas dans sa nature d'être une clause d'adaptation»<sup>667</sup>.

Cela dit il reste à voir si au plan de ses effets, les chemins de la clause d'amiable composition ne rencontrent pas ceux d'une clause d'adaptation. Autrement dit l'amiable compositeur a-t-il forcément besoin d'une clause d'adaptation pour réviser le contrat? Avant d'aller plus loin, la logique nous impose de faire ressortir en rapport avec notre étude, les traits caractéristiques de l'amiable composition<sup>668</sup>.

### 1.2.1 L'amiable composition.

L'amiable composition est, en plus de la renonciation conventionnelle aux juridictions de droit commun que suppose la clause compromissoire, une renonciation supplémentaire au bénéfice de l'application de la règle de droit au fond du litige<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> Jarrosson, *supra* note 195, p. 313.

<sup>668</sup> Voir J.-D. Bredin, «L'amiable composition et le contrat», (1984) *Rev. arb.*, p. 259 et ss.; Nabil N. Antaki, «L'amiable composition» dans *Actes du premier Colloque sur l'arbitrage commercial international*, testes réunis sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, Sainte Foy, Université Laval, Faculté de droit, 1986, p. 151 et s.; J.-P. Govare, «L'amiable composition dans les arbitrages anglais», (1955) *Rev. arb.*, p. 38 et ss.; Ph Gastambide, «Equité et amiable composition dans l'arbitrage anglais», (1981) *Rev. arb.*, p. 195 et ss.; R. Marx, «Amiables compositeurs» (1947) 2 *Arb. J.*, P. 211; De Boisseson, *Le droit français de l'arbitrage: droit interne, droit international*, Joly, 1990, p. 297 et s.; J. Robert, *supra* note 197, p. 15 et s..

<sup>669</sup> Antaki, *supra* note 668, 153.

Ainsi l'amiable compositeur peut ne pas juger selon les règles du droit, mais il doit juger en équité<sup>670</sup> encore faudrait-il que la renonciation à l'application du droit soit claire<sup>671</sup> et précise<sup>672</sup>. Il s'agit d'un genre d'arbitrage qui est prévu par plusieurs droits. Ainsi, il existe en droit français et québécois<sup>673</sup>, en droit américain<sup>674</sup>, en droit anglais<sup>675</sup>, dans les droits du Vénézuéla, de la Bolivie, de l'Equateur, du Pérou, de l'Uruguay<sup>676</sup>, etc. Certaines dispositions législatives nationales qui traitent de l'arbitrage international, le prévoient<sup>677</sup>.

---

<sup>670</sup> Ibid., p. 163.

<sup>671</sup> Ce qui ne nécessite aucune forme particulière. Voir dans ce sens J. Robert, L'arbitrage en droit interne et droit international privé, supra, note 197, p. 161.

<sup>672</sup> Certains auteurs distinguant entre arbitrage en équité et arbitrage *ex aequo et bono*. Les textes sont d'ailleurs imprécis à ce sujet. Ainsi, l'article 33 du règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. précise que le tribunal statue en qualité d'«amiable compositeur» (*ex aequo et bono*) tandis que l'article 42 de la Convention de Washington de 1965 réfère uniquement à l'arbitrage *ex aequo et bono*.

<sup>673</sup> Ainsi l'article 1474 du N.C.p.c. français (nouveau code de procédure civile) et l'article 944 du C.p.c. du Québec le prévoient. La particularité de ces droits à l'image des droits d'obédience civiliste est de présumer que les parties veulent un arbitrage en droit, à moins qu'elles ne confèrent à l'arbitre des pouvoirs d'amiable compositeur.

<sup>674</sup> M. Domke, The Law and the Practice of Commercial Arbitration, supra note 350, p. 256; R. Marx, Antaki, supra note 668.

<sup>675</sup> Ph. Gastambide, «Equité et amiable composition dans l'arbitrage anglais»; J.-P. Govare, «L'amiable composition dans les arbitrages anglais», supra note 668.

<sup>676</sup> Voir Antaki, supra note 668, p. 152.

<sup>677</sup> L'article 1497 N.C.p.c. (France); l'article 13 de la loi Djiboutienne du 13 février 1984 (loi commentée par Y Derain, «Le Code Djiboutien de l'arbitrage international» (1984) Rev. Arb., p. 465.

L'amicable composition est aussi retenue par l'article 28 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I., et ceux qui ont recours au règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. ou à celui de la C.C.I., pourront opter pour ce type d'arbitrage<sup>678</sup>. L'amicable composition est également prévue par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États<sup>679</sup>. Autant dire que ce type d'arbitrage est largement connu dans le monde.

Suivant ce type d'arbitrage, les arbitres décident en équité et selon leur bonne conscience<sup>680</sup>. À partir de là, l'amicable compositeur nous fait penser au *bonus pater familias*, celui-là même dont les actes, les décisions, les agissements doivent refléter la raisonnable, la justice, l'équilibre, car au fond, au delà de son caractère évanescence, c'est à tout cela que renvoie l'équité. Certes l'arbitre statuant en droit est aussi habité par un souci d'équité, il reste cependant que, tenu d'évoluer dans les limites du droit (textes, principes et jurisprudence), c'est avant tout celui-ci qui guidera sa position. Or le droit n'est pas toujours juste, et si on est tenu de l'appliquer tel quel, on est d'une certaine manière promoteur d'injustice, d'inéquité<sup>681</sup>. Avec la possibilité de statuer en équité, l'amicable compositeur n'a pas le droit comme camisole de force. Il dispose de sa conscience, de sa raisonnable de *bonus pater familias* pour rechercher la solution la plus juste, équitable pour le cas qui lui est soumis.

---

<sup>678</sup> Il est prévu respectivement par les articles 33 et 13 de ces règlements.

<sup>679</sup> Article 42.

<sup>680</sup> McGreevy c. The Queen, 19 (1890-9) R.C.S. 180, 192.

<sup>681</sup> Il faut dire que dans certains cas, c'est le droit lui-même qui renvoie à l'équité. C'est le cas de l'article 1135 Code civil français (article 1434 C.c.Q.).

À ce sujet citons ce propos fort intéressant de Weill et Terré:

«Le besoin de la sécurité peut éloigner le droit de la justice. Or le recours à l'équité tend précisément, par l'atténuation de ce que le droit-et surtout le droit écrit-peut avoir de trop rigide, à réduire l'écart et à assurer, en quelque sorte, une revanche de la justice sur le droit. «L'équité ne va pas contre ce qui est juste en soi, mais contre ce qui est juste selon la loi» écrit Saint Thomas»<sup>682</sup>.

Dès lors l'amiable compositeur peut-il en l'absence de clause en ce sens procéder à la révision du contrat? On pourrait soutenir qu'en donnant à l'arbitre des pouvoirs d'amiable compositeur, les parties lui ont implicitement consenti le pouvoir de redresser, en fonction de son jugement de bon père de famille, toute iniquité que pourrait abriter leur contrat à cause des circonstances nouvelles . Cela inclurait alors la possibilité de réviser le contrat, puisque cette technique vise précisément à ajuster le contrat aux nouvelles circonstances, ce qui en dernière analyse signifie mettre en échec le déséquilibre qu'elles auront pu générer et réintroduire la justice dans le contrat, l'équité qui devrait le caractériser. En l'affranchissant ainsi du carcan de l'application du droit, les parties ont donné à l'amiable compositeur des pouvoirs dont elles ignorent forcément les frontières exactes. Elles acceptent donc sans aucun doute une certaine dose d'imprévisibilité dans la gestion de leurs rapports contractuels, Il n'est donc pas surprenant pour nous de lire que:

«tout ce que l'on peut concéder - et c'est déjà énorme - c'est que la clause d'amiable composition dans un contrat, pourra s'entendre comme une autorisation implicite d'adapter le contrat, le cas échéant, à des circonstances

---

<sup>682</sup> A. Weill et F. Terré, Droit civil (Introduction générale), 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 11.

nouvelles fondamentales; l'amiable composition est en effet l'instrument idéal de la théorie de l'imprévision»<sup>683</sup>

Nous ne sommes pas pour autant d'accord avec cette façon de voir. Il faut en effet se rappeler que, bien que non tenu de rendre sa décision sous l'égide de la règle de droit, l'amiable compositeur n'est pas moins un arbitre. Il a donc au moins une limite à ne pas franchir: il lui est interdit de statuer *ultra petita*. S'il est vrai que l'amiable compositeur n'est pas tenu d'appliquer le droit, il est aussi vrai que c'est uniquement à l'intérieur du litige dont il est saisi qu'il a cette liberté. Autant dire que, pour nous, l'amiable compositeur ne saurait avoir de pouvoir propre quant à la révision du contrat. Ainsi en l'absence de clause, l'amiable compositeur ne peut de son propre chef réviser le contrat.

### 1.2.2 Le droit québécois.

En droit québécois la question n'a pas autant retenu l'attention de la doctrine<sup>684</sup> et des tribunaux. Nous avons écrit qu'à l'image du droit français ou du droit belge, le droit québécois rejette la théorie de l'imprévision<sup>685</sup>, même si d'aucuns ont admirablement plaidé en sa faveur<sup>686</sup>. Le principe du *pacta sunt servanda* l'emporte sur la clause *rebus sic stantibus*<sup>687</sup>.

---

<sup>683</sup> E. Mezger: «L'arbitrage commercial et l'ordre public» (1948) *Rev. trim. dr. com.*, 617. Voir dans le même sens E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, Librairie Technique, 1980, no. 513.

<sup>684</sup> Voir néanmoins Ethel Groffier, *supra* note 650. Il faut dire que les données examinées par cet article conduisent à la conclusion que l'arbitre peut en droit québécois, réviser le contrat dans la mesure où une clause le lui en donne le pouvoir.

<sup>685</sup> Stéfan Martin, *supra* note 628.

<sup>686</sup> Voir Tancelin *Supra* note 468; S. Martin, *supra* note 628.

<sup>687</sup> *Supra* note 628.

Par ailleurs, comme dans beaucoup de droits nationaux, en droit québécois, l'arbitre n'est pas moins un juge privé qui par conséquent ne saurait, pas plus que le juge ordinaire, statuer *ultra petita*. Nous ne voyons pas comment il pourrait plus que le juge qui refuse d'intervenir pour réviser le contrat (à moins de se borner à appliquer les clauses de révision prévues au contrat), alors même que ce dernier ne lui en donne point le pouvoir. Il y a fort à parier que l'hostilité du droit positif québécois à l'égard de la théorie de l'imprévision empêche la reconnaissance à l'arbitre du pouvoir de réviser le contrat en l'absence de clause.

En droit québécois, l'arbitre statuant en droit ne devrait pas pouvoir réviser le contrat des parties si une clause du contrat ne lui en donne pas expressément le pouvoir. Si à la conclusion du contrat, les parties restent silencieuses sur ce point, il faut en déduire qu'elles n'ont pas entendu permettre à l'arbitre de le faire d'office ou même si l'une seule d'entre elles le lui demande.

Si dans ces circonstances un tel pouvoir devait lui être reconnu, cela signifierait que le contrat serait devenu une boîte à surprise et les parties ne connaîtraient plus les limites exactes de leurs engagements que du reste, l'arbitre pourrait allègrement transcender par le biais de la clause compromissoire générale. À terme, c'est *pacta sunt servanda* qui n'aurait plus aucun effet. Dans les mêmes circonstances, l'arbitre statuant en amiable compositeur ne devrait pas davantage pouvoir réviser le contrat même à la demande de l'une des parties. Les raisons avancées contre un tel pouvoir en faveur de l'arbitre statuant en droit valent ici aussi car, l'amiable compositeur ne peut pas davantage aller au delà de son pouvoir juridictionnel.

Les solutions que nous venons de rencontrer essentiellement en droit civil et plus précisément en droit français et en droit québécois, sont-elles les mêmes en droit anglais et américain?

### 1.2.3 Le droit anglais.

En droit anglais, les tribunaux peuvent combler les lacunes du contrat<sup>688</sup>. Tout comme les arbitres<sup>689</sup>. L'arbitre, s'il en a reçu le pouvoir, peut «comblé les lacunes»<sup>690</sup> du contrat, c'est-à-dire remédier à ses imperfections, donc réviser, modifier le contrat<sup>691</sup>. C'est que, dans le contexte du droit anglais, il est facile de concevoir l'existence d'un litige quand bien même un élément du contrat (le prix par exemple) n'est pas encore déterminé. En effet, il faut se souvenir que dans ce droit, sous réserve des *agreement to agree* qui sont sans effet, le fait qu'un élément du contrat soit laissé ouvert n'empêche pas le contrat visé d'exister juridiquement. Il suffit pour cela que l'intention des parties d'être liées soit suffisamment claire.

---

<sup>688</sup> *Hillas v. Arcos* supra note 73. Lord Wright y dit: «Business men often record the most important agreements in crude and summary fashion; modes of expression sufficient and clear to them in the course of their business may appear to those unfamiliar with the business far from complete and precise. It is accordingly the duty of the court to construe such documents fairly and broadly, without being too astute or subtle in finding defects; but, on the contrary, the court should seek to apply the old maxim of English law, *verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*. That maxim, however, does not mean that the court is to make a contract for the parties...»; Voir également supra, ancienne note 656.

<sup>689</sup> A. Kassis, supra note 195, p. 123.

<sup>690</sup> Giorgio Bernini, supra note 396

<sup>691</sup> Ainsi dans une espèce où il était question de fourniture de volailles sur une longue période, le contrat était resté silencieux sur le nombre d'animaux à fournir à partir de la deuxième année. Il contenait cependant une clause d'arbitrage suivant laquelle les parties s'engageaient à résoudre par la voie de l'arbitrage tout différend sur le sens ou l'effet de leur accord en ce qui concerne l'exécution par chaque partie de ses obligations contractuelles et pour toutes les matières incidentes. Il a été jugé que faute d'accord entre les parties, l'arbitre avait le pouvoir de décider le nombre à fournir (*F and G. Sykes (Wessex) Ltd. C. Fine Ltd* (1967) 1 Lloyd's. Rep. 53 (C. A.)) supra, ancienne note 656.



Autrement dit si elles ont, malgré l'élément à établir, l'intention d'être juridiquement liées (ce qui est à vérifier au cas par cas), il existe un rapport juridique entre elles. Dans ces conditions, même si le prix de la vente visée devait être déterminé par un tiers et que, le moment venu, ce dernier ne veut ou ne peut fixer le prix, (par exemple s'il n'est pas désigné), la vente ne devient pas pour autant caduque<sup>692</sup>, le juge anglais s'autorisant à se substituer aux parties pour ordonner une exécution forcée sur la base d'un prix raisonnable<sup>693</sup>. Dès lors il est facile de concevoir que, s'il y a désaccord entre les parties sur la gestion de ce rapport, ce qui inclut les différends qui peuvent résulter du processus de détermination de l'élément laissé ouvert, cela est constitutif de litige qui peut parfaitement être soumis à arbitrage. De plus, si dans l'entente qui sous-tend ce rapport, les parties ont inséré une clause d'arbitrage pour solutionner tous les litiges à venir (ce qui est tout à fait valable puisqu'un rapport juridique les lie), on voit mal comment on pourrait s'opposer à ce que cette clause produise ses effets. Ainsi dans une espèce où il était question d'une vente sans prix déterminé, mais qui néanmoins contenait une clause d'arbitrage, il a été jugé que cette clause devrait autoriser l'arbitre à fixer le prix en l'absence d'accord<sup>694</sup>. Quoiqu'il en soit, en droit anglais, le pouvoir de combler les lacunes du contrat est reconnu aux arbitres sans «distinction juridique entre compléter des relations futures et compléter des relations existantes»<sup>695</sup>.

---

<sup>692</sup> C'est pourtant la position de l'article 9 du Sale of Goods Act de 1979.

<sup>693</sup> Voir dans ce sens, Sudbrook Trading Estate Ltd v. Eggleton *supra* note 188.

<sup>694</sup> Foley v. Classique Coaches, *supra* note 398.

<sup>695</sup> Russell, *supra* note 344, p. 25; Redfern and Hunter, *infra*, ancienne 840.

Toutefois, l'arbitre ne peut exercer un tel pouvoir que si cela lui est attribué explicitement. Ainsi la clause d'arbitrage exprimée en termes généraux ne suffirait pas<sup>696</sup>. Suivant les termes de Bernini, l'intention des parties d'attribuer le pouvoir de combler à l'arbitre,

«devrait être exprimée clairement et sans équivoque. En d'autres termes, on ne devrait pas s'en remettre simplement à la formule classique «Tout litige qui peut surgir, etc.»<sup>697</sup>

Ainsi donc en droit anglais également, l'arbitre ne peut réviser le contrat en l'absence de clause. Nous pensons que cela vaut également pour l'amiable compositeur puisque le droit anglais ne veut point que le pouvoir juridictionnel fasse le contrat des parties. Si ces dernières ont prévu les clauses appropriées, le juge les appliquera en cas de difficulté. Si elles ont entendu confier la révision de leur contrat à un arbitre, celui-ci y donnera suite.

#### 1.2.4 Le droit américain.

A l'image du droit anglais, le droit américain reconnaît également à l'arbitre le pouvoir de combler les lacunes du contrat<sup>698</sup>. Dans ce droit, les arbitres ont le pouvoir de combler toute lacune du contrat si tant est que celui-ci leur prévoit cette attribution<sup>699</sup>.

---

<sup>696</sup> Kassis, *supra* note 195, p. 126.

<sup>697</sup> Bernini, *supra* note 396.

<sup>698</sup> Voir plus exhaustivement, Howard M. Holtzmann, *supra* note 396, p. 38 et s.; G. Aksen, *supra* note 657; Soia Mentschikoff, «Commercial Arbitration» (1961), *Columb. Law. Review*, p. 846 et s.

<sup>699</sup> *Ibid.*, p. 41.

Dans le même ordre d'idées, Martin Domke écrivait à ce sujet:

«Une des valeurs fondamentales qui paraît dans tout le droit de l'arbitrage (est) la liberté des parties de se mettre d'accord sur toute stipulation dans leurs relations contractuelles»<sup>700</sup>.

Cela traduit bien la ligne de pensée doctrinale selon laquelle, les parties peuvent s'accorder sur:

«pratiquement n'importe quel genre de différend ou de divergence pour les soumettre à arbitrage»<sup>701</sup>. Ainsi:

«[...] une clause dans le contrat écrit (par laquelle les parties s'engagent) à soumettre tout différend qui pourrait se produire entre les parties (après l'entrée en vigueur du contrat) est valable, opposable et irrévocable»<sup>702</sup>.

Quant au point de savoir ce qu'il faut entendre par tout différend, une Cour fédérale américaine a ainsi statué:

«Sur la question de savoir si un différend peut être arbitré, la politique fédérale (est) d'interpréter les clauses d'arbitrage libéralement, de déterminer si elles

---

<sup>700</sup> M. Domke, *supra* note 350, p. 211.

<sup>701</sup> Corpus Juris Secundum, vol. 6 Section 10 (1937); G. Aksen, *supra* note 657, p. 596 et s.

<sup>702</sup> La loi uniforme sur l'arbitrage, le United States Arbitration Act (U.S. Code, Titre 9, chap. I, Sec. 2) contient une disposition analogue qui permet l'arbitrage sur tout différend: Section 1: • A written Agreement to submit any existing controversy to arbitration or a provision in a written contract to submit to Arbitration any controversy thereafter arising between the parties is valid, enforceable and irrevocable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract. This act also applies to arbitration agreements between employers and employees or between their respective representatives [unless otherwise] provided in the agreement]».

s'appliquent à ceux des différends qu'une interprétation raisonnable de leur texte leur attribue et de résoudre les cas douteux en faveur de l'arbitrage [...]»<sup>703</sup>.

Cette interprétation libérale de l'expression «Tout différend» est solidement établie, puisque les tribunaux ont, à plusieurs reprises consacré:

«la politique fédérale d'interpréter libéralement les clauses d'arbitrage et la politique libérale du Federal Arbitration Act tendant à encourager l'arbitrage»<sup>704</sup>.

Une disposition de la loi d'arbitrage de l'État de New York stipule même que:

«Un engagement écrit de soumettre à l'arbitrage tout différend qui pourrait surgir par la suite est valable, indépendamment de la nature justiciable ou non du différend [...]»<sup>705</sup>.

Concrètement donc, en droit américain également, l'arbitre a beaucoup de pouvoir.

---

<sup>703</sup> Coenen v. R. W. Pressprich & Co., 453 F. 2<sup>e</sup> 1209, 1212 (2<sup>e</sup> Circuit 1971).

<sup>704</sup> Necchi v Necchi Sewing Machine Sales Corp., 348 F. 2<sup>e</sup>, 693, 697, (2<sup>e</sup> Circuit 1965), 383 U.S. 909 (Cour suprême U.S. 1966), tiré de Metro Industrial Painting Corp v. Terminal Construction Co., 287F 2<sup>e</sup> 382 (2<sup>e</sup> Circuit, 1961), 368 U.S. 817 (Cour Suprême U.S. 1962) et Robert Lawrence v. Devonshire Fabrics, 271 F 2<sup>e</sup> 402 (2<sup>e</sup> Circuit 1959).

<sup>705</sup> Droit civil pratique et règles de New-York, Section 7501, cité par Holtzmann supra note 396( note infra paginale no. 17).

De tout ce qui précède, il découle qu'en droit américain, l'arbitre a le pouvoir de combler les lacunes du contrat qu'il s'agisse de «lacunes initiales» ou de «lacunes survenantes», c'est-à-dire des lacunes dues à un changement ultérieur des circonstances<sup>706</sup>. Il faut néanmoins qu'il ait expressément reçu ce pouvoir<sup>707</sup> et que la loi ou l'ordre public ne s'y oppose pas<sup>708</sup>. Autrement dit, en droit américain également, l'arbitre quel qu'il soit ne peut réviser le contrat en l'absence de clause.

Que les parties aient prévu une clause de révision ou non<sup>709</sup>, dès lors que devant la survenance de circonstances qui bouleversent l'économie de leur contrat, elles refusent de mettre fin à leur rapport nonobstant leur désaccord quand aux remèdes à y apporter et conviennent de soumettre leur litige à un arbitre, celui-ci a le droit d'intervenir dans toute la mesure où le juge l'eut pu.

#### **IV De la révision judiciaire du contrat.**

La question est ici de savoir si le contractant désavantagé par l'imprévision peut obtenir du juge qu'il révisé le contrat alors même que rien dans leur contrat ne prévoit une telle intervention?

---

<sup>706</sup> Kassis, supra note 195, p. 127.

<sup>707</sup> Ibid.

<sup>708</sup> Holtzmann, supra note 195, p. 42. Cet auteur nous apprend (à la page 44 du même document) que les questions de responsabilité pour dommage, les litiges relatifs au droit fédéral de la propriété intellectuelle, les questions soumises au droit de la faillite, celles relatives aux voies d'exécution et les controverses auxquelles s'appliquent les lois fédérales sur la vente des actions et des obligations des sociétés anonymes (c'est-à-dire sur la circulation des papiers-valeurs), les questions liées à la concurrence déloyale échappent en principe à l'arbitrage.

<sup>709</sup> Nous reviendrons sur les différents types de clause à l'occasion de l'examen de la mise en oeuvre de l'adaptation ou de la révision par l'arbitre.

Considérons la question à travers le prisme de quelques droits nationaux.

## 1 Les droit français et belge.

Cette question a fait l'objet d'une vive controverse en droit français. Une partie de la doctrine<sup>710</sup> a toujours été favorable à la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision. Elle a invoqué plusieurs arguments à l'appui de cette thèse, dont le plus important consiste à se fonder sur l'interprétation de la volonté des parties. L'on a soutenu qu'il faudrait sous-entendre dans tous les contrats de longue durée, une clause particulière en vertu de laquelle le contrat ne devrait pas être exécuté si les circonstances qui l'entouraient au départ sont par la suite profondément modifiées. Il s'agit de la clause *rebus sic stantibus*. L'article 1135 du Code civil français peut également être retenu comme argument. Il dispose:

«Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.»

Le fait est que les parties n'ont pas pu envisager la nouvelle situation, qui, par définition, était imprévisible. Dès lors, il est absurde de référer à une prétendue interprétation de leur volonté. Quoiqu'il en soit, les solutions du droit positif sont claires. Si les juges de l'ordre judiciaire écartent toute révision du contrat, les juges administratifs l'autorisent<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> Voir P. Voirin, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Paris, 1922, p. 68 et 69; R. David, «L'imprévision dans les droits européens», dans Etudes Jauffret, 1976, p. 211.

<sup>711</sup> Il faut remarquer que la jurisprudence civile est en opposition avec la jurisprudence administrative. Ainsi dans l'affaire Gaz de Bordeaux *supra* note 642, le Conseil d'Etat s'est fondé sur le principe de la continuité du service public pour autoriser la révision d'un contrat de fourniture de gaz. Il faut toutefois noter que le

Il faut dire qu'en droit français, les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires constituent des ordres juridictionnels bien distincts de par leurs attributions. Ainsi certaines matières sont exclusivement réservées au juge judiciaire (état, capacité, nationalité, droit de vote, propriété immobilière, contrats privés). En revanche, c'est au juge administratif que revient de connaître certaines affaires, dont celles concernant par exemple les litiges relatifs à l'exécution d'un service public, et impliquant uniquement des personnes publiques<sup>712</sup>. Cette distinction explique le fait que les tribunaux administratifs soient garants de la bonne exécution et de la continuité des services publics<sup>713</sup>. Et c'est la nécessité de garantir le respect du principe de la continuité du service public qui explique la divergence d'opinion entre le juge administratif français<sup>714</sup> et son homologue de l'ordre judiciaire<sup>715</sup> sur la question de l'imprévision. Et il faut ajouter qu'en droit administratif français, ce sont surtout les contrats de concession<sup>716</sup> qui constituent le domaine principal de la théorie de l'imprévision. Or c'est précisément sur un contrat de concession qu'a porté le litige dans l'affaire Gaz de Bordeaux<sup>717</sup>. La

---

juge administratif ne révisé pas à proprement parler le contrat. Il accorde des indemnités à la compagnie pour combler le manque à gagner; dans le même sens, voir l'affaire des tramways de Cherbourg, C. E. 9 décembre, Cie des tramways de Cherbourg, (1932) Rec. 1050.

<sup>712</sup> G. Vedel, Droit administratif, Thémis, Paris P.U.F. 1976, p. 2 et s.; Delvolvé, Le droit administratif, Paris, Dalloz, 1994, p. 41, 50 et 52; G. Dupuis et Marie-Josée Guédon, Droit administratif, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 1991, p. 1991, p. 443 et s.

<sup>713</sup> Le principe de la continuité du service public a d'ailleurs été érigé au rang de *principe fondamental* par le Conseil d'État, C. E. 13 Juin 1980, Mme Bonjean; P. Delvolvé, supra note 712; G. Dupuis et Marie Josée Guédon, supra note 712.

<sup>714</sup> Gaz de Bordeaux supra note 642.

<sup>715</sup> Canal de Craonne, Cass. Civ. 6 Mars 1876, D.P., 1876, I. 193.

<sup>716</sup> Contrats qui chargent un entrepreneur de la construction d'un ouvrage public ou de la gestion d'un service public. Ce sont en général des contrats de longue durée.

<sup>717</sup> Supra note 642.

Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux poursuivait la ville devant le Conseil de préfecture de la Gironde, afin de faire juger que le prix du gaz tel que fixé dans le contrat de concession devait être revu à la hausse, et aussi d'obtenir une indemnité réparant la perte que lui avait fait subir la hausse du prix du charbon (matière première de la fabrication du gaz). La tonne de charbon était passée de 35 f en janvier 1915 à 117 f en mars 1916 du fait des circonstances entourant la guerre (occupation par l'ennemi des grandes régions productrices de charbon sur le continent et difficulté des transports maritimes). Ce qui lui fut accordé. Les juges ont répondu en substance qu'on se trouvait en présence de charges dues à des événements que les parties contractantes ne pouvaient prévoir, et qui sont telles que, temporairement, le contrat ne peut plus être exécuté dans les conditions où il est intervenu. Mais, le service public doit continuer à être assuré, ce qui implique le maintien du contrat. L'intérêt général l'exige. Dans ces conditions, la puissance publique, le concédant, se doit supporter les charges que nécessite le fonctionnement du service public et qui excède le maximum de ce que l'on pouvait admettre comme prévision possible et raisonnable par une saine interprétation du contrat. C'est donc l'intérêt général, la continuité du service public qui conduit le juge administratif à tenter de corriger l'effet de l'imprévision. C'est une position que nous approuvons. En effet, si des événements imprévus bouleversent l'économie générale du contrat de concession, au point que le concessionnaire ne peut plus avec ses propres moyens assurer le service sans aller à la ruine, l'administration concédante doit être tenue le cas échéant de venir à son aide, en lui allouant une indemnité d'imprévision (des fonds), propre à lui permettre d'assurer la continuité du service public. En somme, s'il faut que le concessionnaire satisfasse l'intérêt général, c'est une raison suffisante pour le protéger contre la ruine qui eut pu de ce fait le frapper.



Et c'est parce que les contrats entre personnes privées visent bien souvent d'autres objectifs que le juge judiciaire opte pour une position contraire à celle du juge administratif comme nous allons le voir. Ainsi dans l'Affaire du Canal de Craponne, l'entreprise d'Adam Craponne avait au XVI<sup>e</sup> (16<sup>e</sup>) siècle pris l'engagement de construire et entretenir perpétuellement un canal pour la commune de Pelissane. En retour, les habitants devaient lui verser en guise de redevance, une modique somme. Voilà qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, les descendants jugent la redevance insuffisante, surtout pour couvrir les frais d'entretien du canal. Ils ont donc saisi le tribunal d'Aix en 1834. Le tribunal fit droit à la demande estimant que les contrats successifs pouvaient parfaitement être modifiés dès lors que des changements de circonstances venaient en rendre injuste l'exécution. Il haussa donc les redevances. Ce jugement a d'ailleurs été confirmé par la Cour d'appel d'Aix. Toutefois, appelée à se prononcer, la Cour de cassation cassa cet arrêt au motif que:

«Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants [...] L'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé»<sup>718</sup>

Les contrats selon cet arrêt sont donc partie de la loi des parties et il est interdit au juge de les modifier. La Cour de cassation a confirmé ce principe dans l'affaire du contrat de cheptel de fer<sup>719</sup>.

---

<sup>718</sup> Chambre civile, le 6 mars 1876, D.P., 1876, I. 193. A noter que le jugement et l'arrêt de la Cour d'appel y sont également publiés.

<sup>719</sup> Chambre civile, le 6 juin, D.P., 1921, I, 73.

Cet arrêt qui a été rendu après la première Guerre Mondiale à une époque où l'inflation était très forte, concernait un contrat réglementé par les articles 1821 et 1826 du Code civil français aux termes duquel le bailleur fournit à un fermier des têtes de bétail. A l'expiration du contrat le fermier restitue les têtes de bétail soit en nature, soit en valeur appréciée au moment de la conclusion du contrat. Il était donc évident qu'une hausse ou une baisse des prix favoriserait excessivement l'une ou l'autre des parties à cette convention. Malgré cela, la Cour de cassation a refusé d'intervenir. Le refus de la Cour de cassation française d'accueillir la théorie de l'imprévision a la faveur d'un bon nombre d'auteurs<sup>720</sup>. Selon eux il n'appartient pas aux juges de réajuster les contrats des parties si ces dernières sont demeurées silencieuses sur ce point. Il faut cependant souligner que la jurisprudence française a tenté d'amenuiser la rigidité du refus de l'imprévision<sup>721</sup>. De la sorte, elle a fait jouer l'imprévision à l'abri de la lésion en retenant qu'en matière de promesse de vente, c'est au jour de la réalisation de la promesse qu'il faut se placer pour apprécier la lésion, et non au jour où la promesse a été faite, ce qui a pour conséquence de protéger le vendeur contre une dépréciation monétaire<sup>722</sup>. Parfois, elle a eu recours à la théorie de la cause partielle afin de pouvoir modifier certains effets prévus au contrat.

---

<sup>720</sup> On peut citer notamment Mazeaud, Houin et Eisenmann (discussion) «L'influence des variations monétaires en matière de contrats administratifs et civils», dans Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. VIII, 1955, p. 264; H. Capitant, note citée sous Paris, 21 décembre 1916, Dalloz, 1917, 2, p. 33; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 1952, p. 553; A. Sériaux, Droit des obligations, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992, p. 173.

<sup>721</sup> C. Jarrosson supra note 195, p. 306 et ss.

<sup>722</sup> Weill et Terre, Les obligations, Paris, Dalloz, 1975, p. 412.

Ainsi elle a pu réduire la rémunération des mandataires ou des prestataires de service, dispenser le bailleur rural de son obligation de reconstruire quand la chose louée ne peut plus être conservée sans dépense exagérée<sup>723</sup>, diminuer l'indemnité d'immobilisation quand le bénéficiaire a renoncé à la vente avant l'expiration du délai d'option<sup>724</sup>. La jurisprudence a aussi converti l'obligation de soins en une obligation de somme d'argent, ce qui est une application de la révision judiciaire pour imprévision<sup>725</sup>. La solution retenue par le juge judiciaire français est la même en Belgique où la révision est également rejetée<sup>726</sup>, les arrêts qui le font, précisant que:

«ni des considérations d'équité, ni la survenance d'événements de nature à rompre l'équilibre des prestations des contractants ne sont de nature à permettre de modifier les clauses souscrites ou en écarter l'application»<sup>727</sup>.

Le droit québécois rejette également la théorie de l'imprévision.

---

<sup>723</sup> Weill et Terre, *supra* note 682, p. 412. Plus généralement et plus complètement sur le droit français sur le droit français, voir D. M. Philippe, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruylant éd., Bruxelles 1986, p. 53 à 153 et 585 à 588.

<sup>724</sup> Cass. civ. 3è, 5 décembre 184 (Le Trung tam c/ Thomas) Bull., III no. 208 p. 162 analysé par Ph. Remy dans (1985) Rev. trim. dr. civ., 594; voir également les réflexions de J. Mestre dans (1986) Rev. Trim. dr. civ., 599.

<sup>725</sup> A. Rieg, Jurisc. dr. civ., art. 1134 no. 68.

<sup>726</sup> C.A. Bruxelles, le 20 décembre 1971, Pas., II. p.47; C.A. Bruxelles, le 8 juin 1972, Pas., 1972, II p. 167.

<sup>727</sup> Claude Renard, «Théorie de l'imprévision dans les contrats», (1950) R. D. I. C., p. 21; R. Fougues-Duparc, «Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles», dans Rodière et Tallon, *supra* note 580, p. 51; D. Philippe, «L'imprévision en droit belge», note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, J.T. 1980, p. 459-462; J. Van Mullen, «L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations», (1978) Annales de la faculté de droit de Liège, p. 57 et s.

## 2 Le droit québécois.

N'ayant pas subi les bouleversements économiques liés aux deux guerres mondiales comme ce fut le cas de l'Europe, le droit québécois n'a pas généré de controverse doctrinale et jurisprudentielle attachées à cette question. Bien qu'il ait été soutenu que le droit positif aurait pu reconnaître la théorie de l'imprévision sur la base de l'article 1434 du C.c.Q.(1024 du C.C.B.C.)<sup>728</sup>, il faut bien constater que la jurisprudence ne partage pas cet avis. Dans l'affaire Churchill Falls (Labrador) (R) c. P.G. de Terre-Neuve<sup>729</sup>, la Cour Suprême a décidé de censurer la «Reversion Act» adoptée par la Province de Terre-Neuve et qui modifiait un contrat intervenu en 1969 entre Hydro Québec et ladite Province, relativement à la fourniture d'électricité pour un prix fixe pendant soixante-cinq (65) ans. Par ailleurs, l'Avant-projet de révision du Code civil de 1987 a formellement rejeté l'adaptation judiciaire des contrats<sup>730</sup>, de sorte que dans le Code civil du Québec, la question n'a plus été considérée.

---

<sup>728</sup> J. L. Baudouin, «Theory of Imprevison and Judicial Intervention to Change a Contract» dans Essays on the Civil Law of Obligations, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 165 et s.; du même auteur, les obligations, supra note 468, p. 244 et s; M. Tancelin Des obligations, supra note 468, p. 145; voir dans le même sens J. Soucy, «Etudes sur les abus de droit», (1979) R.L.n.s. 1, 77; P.-G. Jobin, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil», supra, note 574; Pierre Legrand, «L'obligation implicite contractuelle: aspect de la fabrication du contrat par le juge» (1991) 22 R. D. U. S., P. 109; du même auteur, «Scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise», (1992) 23 R. G. D., P. 235.

<sup>729</sup> (1984) 1 R.C.S.. 297, dans le même sens, voir également Grant Mills Ltd c. Universal Pipeline, [1975] C.S. 1203 où le juge Nichols précise qu'«en droit québécois la théorie de l'imprévision ou de la révision se fondant sur la clause *rebus sic stantibus* n'a pas réussi à bouleverser les principes traditionnels du droit civil tel que le principe de l'immutabilité des obligations contractuelles»; Hudson Bay Co Ltd. c. Wise Brothers Ltd dans lequel il est dit que «La Cour doit appliquer les dispositions contractuelles qui lient les parties sans égard aux conséquences économiques conjoncturelles» [1983] C.A. 501; Cardinal Construction Inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux, J. E. 87- 970 (C. A.).

<sup>730</sup> M. Tancelin. supra note 468.

La combinaison de ces éléments nous porte donc à conclure au rejet de la théorie de l'imprévision en droit québécois. À côté de ces exemples dont nous venons de faire état, il convient de préciser qu'un certain nombre d'ordres juridiques ont accepté la théorie de l'imprévision et partant la révision ou l'adaptation du contrat en l'absence de clause spécifique.

Qu'en est-il de la *Common Law*?

### 3 Le droit anglais.

«Malgré les efforts faits par doctrine et jurisprudence, une grande confusion continue à régner dans la matière de la *frustration of contract*. Cette confusion est inévitable dans la mesure où il sera toujours très difficile, et sans doute quelque peu artificiel, de distinguer entre le cas où le contrat est devenu «une autre aventure» du point de vue du commerçant avisé, et celui où son exécution est devenue seulement plus onéreuse qu'il ne pouvait être raisonnablement envisagé à l'origine»<sup>731</sup>.

Ce propos de R. David situe bien la question. En effet initialement, le droit anglais considérait qu'une partie devait subir les termes du contrat qu'elle a conclu. Si elle a prévu des clauses pour limiter sa responsabilité, elle en bénéficiera. Dans le cas contraire, le juge ne viendra pas à son secours.

---

<sup>731</sup> R. David *Les contrats en droit anglais*, *supra* note 112, p. 316; sur l'ensemble de la question, voir A. H. Puelinckx, «Frustration, Hardship, Force majeure, Imprevision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: A Comparative Study in English, French, German and Japanese Laws», (1976) 3 *Journal of Int'l Arbitration*, p. 47 et s.; Lesguillons «Frustration, Force majeure, Imprevision, Wegfall der Grundlage», (1979) *D. P. C. L.*, p. 509-532; Oppetit, «L'adaptation des contrats internationaux», *supra* note 580; P. Goldberg, *supra* note 657; Ewan McEndrik, *supra* note 656; Ralph Wynne Griffith, dans Rodière et Tallon, *supra* note 580, p. 145 et s.

Seulement en 1876, sur la base de la doctrine de la *frustration*, les juges ont accepté, rompant ainsi avec leur attitude précédente, de résilier un contrat de location d'un Music Hall, cette salle ayant été détruite par le feu<sup>732</sup>. Il s'agit ici d'un cas où il était physiquement impossible d'exécuter le contrat. Des contrats devenus impossibles à exécuter du fait de la mort de celui à qui l'exécution incombait personnellement, ont également reçu l'application de la doctrine de la *frustration*<sup>733</sup>. Parfois l'impossibilité est plus subtile. Ainsi dans l'affaire Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd<sup>734</sup>, Jackson un armateur qui a frété son navire, devait en vertu d'une charte-partie se rendre de Liverpool à Newport (Côte Est des Etats-Unis) le plus vite possible (*with all possible dispatch*), sauf à faire face à des périls de mer et accidents de navigation. A Newport il chargera des rails de chemin de fer, qu'il transportera à San Francisco (un chemin de fer transcontinental était alors en construction aux Etats-Unis). Parti le 2 janvier, le navire s'échoue sur un récif le 3 janvier. Il faudra attendre au moins un mois avant qu'il puisse être renfloué. Jusqu'au 18 février, le navire est remorqué à Liverpool, et, c'est là qu'on apprend qu'il ne pourra reprendre la mer avant le mois d'août. Entre-temps, le 15 février, les affréteurs ont répudié le contrat et affrété un autre navire. Jackson agit en conséquence contre leur assureur; il leur demande une indemnité correspondant à la perte totale, due au risque de mer, du fret qui devait lui être payé conformément à la charte-partie. Il faut souligner que les affréteurs n'auraient pas pu, en raison du retard du navire, réclamer quelque indemnité que ce soit à Jackson, vu la disposition «risques de mer exceptés» figurant au contrat.

---

<sup>732</sup> Taylor v. Caldwell 3 B.et S., 826.

<sup>733</sup> Pierre Van Ommeslaghe, «Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats nationaux», (1980) Revue de droit international et de droit comparé, p. 16.

<sup>734</sup> (1874) L.R., 10 CP., p.251.

La question était donc de savoir si, dans ces conditions, ces derniers pouvaient valablement répudier le contrat ou si au contraire, ils devaient attendre la réparation du navire et permettre à Jackson d'exécuter ses obligations? Le jury décida que les affréteurs étaient en droit de répudier le contrat. Il a estimé que la clause exceptant les risques de mer n'empêchait pas que le contrat fût soumis à un régime de droit raisonnable, car si les affréteurs devaient attendre le mois d'août comme les délais de réparation l'exigeaient, ce serait à «une autre aventure» que celle envisagée lors du contrat qu'ils auraient eu à faire face. En fait pour le jury l'opération commerciale qui prévoyait l'arrivée du navire à Newport dans un délai raisonnable avait été «flouée»<sup>735</sup> (*frustrated*) par les périls de la mer. Il était impossible de la réaliser, de sorte que les parties sont libérées de leurs obligations. Ici c'est donc l'objectif de réaliser l'opération dans un délai raisonnable (et non de réaliser l'opération tout court) qui est devenu impossible. Il est à remarquer que, dans la tradition civiliste, les exemples dont nous venons de faire état, participent de la notion de force majeure. Il serait donc légitime de conclure que la doctrine de la *frustration* est destinée à couvrir les situations où le contrat est devenu impossible à exécuter, c'est-à-dire essentiellement les cas de force majeure. Il reste que les choses ne sont pas aussi simples et claires. Dans l'affaire Tsakiroglou et Co c. Nolee and Thorl. GMBH<sup>736</sup>, une vente CIF Hambourg était intervenue en 1956, portant sur des cacahuètes du Soudan. Les marchandises devaient être chargées à bord d'un navire en novembre ou en décembre, ce qui a amené le vendeur à réserver de l'espace dans un des quatre (4) navires devant passer par Port-Soudan, dans l'intervalle de temps que constituent ces deux mois.

---

<sup>735</sup> Le terme est de R. David et D. Pugsley, *supra* note 112, p. 309.

<sup>736</sup> (1962) A.C. 93. En fait, le juge s'est borné à se demander si les parties avaient prévu le passage par le canal de Suez, ou si leur contrat projetait un simple transport du Soudan à Hambourg sans précision d'aucun itinéraire.

Mais voilà que le 2 novembre le canal de Suez est fermé, et qu'il faut désormais emprunter la voie maritime du Cap beaucoup plus longue (4 mois de plus en terme de trajet) et beaucoup plus coûteuse. Le contrat n'a cependant pas prévu de date pour l'arrivée des cacahuètes à Hambourg. Le vendeur invoque la *frustration*. La Chambre des Lords décide que le contrat est seulement devenu plus onéreux et que donc il n'y a pas *frustration*. Dans les mêmes circonstances de fermeture du canal de Suez, elle a cependant fait jouer la doctrine de la *frustration* dans l'affaire Société franco-tunisienne d'armement v. Sidermar SPA<sup>737</sup>. Dans cette affaire, une charte partie datant du 18 octobre 1956 stipulait qu'un navire irait de la côte Est de l'Inde, à Gênes. Elle prévoyait aussi que le capitaine devait télégraphier aux affréteurs à Gênes au moment où il passerait par le canal de Suez. Il a été jugé ici que le passage par le canal de Suez ayant été expressément envisagé dans le contrat, un voyage via le Cap Horn aurait été une autre aventure. On ne peut donc dire que la doctrine de la *frustration* couvre ce qui en droit civil correspond à la théorie de l'imprévision. Si tel était le cas, la *frustration* aurait été retenue dans l'affaire Tsakiroglou<sup>738</sup>. Si elle a été retenue dans l'affaire Société franco-tunisienne<sup>739</sup>, c'est parce que le passage par le canal de Suez avait été expressément visé au contrat, et non à cause des coûts inhérents au détour par le Cap. Il en découle que le concept de l'imprévision tel que compris par les juristes de droit civil ne coïncide pas avec celui de la *frustration* de la *Common Law*. Nous venons de voir des exemples impliquant assez nettement un bouleversement des données économiques du contrat qui n'ont pas nécessairement conduit le juge à intervenir.

---

<sup>737</sup> (1961), 2, Q.B. 278.

<sup>738</sup> Supra note 736.

<sup>739</sup> Supra note 737.



Ce qui nous laisse penser que les considérations économiques ne sont pas au centre des facteurs qui motivent l'intervention du juge. En fait, il ne se décide à intervenir que:

«si l'événement survenu a pour conséquence de modifier l'identité du contrat pour y substituer une convention nouvelle complètement distincte de celle que les parties avaient conclue»<sup>740</sup>

L'application de la *frustration* est donc fonction de la mutation ou non de l'identité initiale du contrat. Dès lors on comprend l'explication que donne Pierre Van Ommeslaghe de la philosophie qui anime le juge de l'ordre juridique anglais quand il utilise la doctrine de la *frustration*:

«Il ne s'agit pas [...] de venir au secours de l'une des parties au nom de l'équité pour l'aider à sortir d'une situation qui pourrait la conduire à la ruine si l'exécution du contrat était poursuivie dans toute sa rigueur. Il faut, au contraire, déterminer par une «operation of law» et suivant le jugement d'un homme raisonnable si l'événement survenu a pour conséquence de modifier l'identité du contrat pour y substituer une convention nouvelle complètement distincte de celle que les parties avaient conclu»<sup>741</sup>

En *Common Law*, les juges ne se livrent donc pas à la modification d'un contrat parce que celui-ci est affecté par des circonstances imprévues qui bouleversent son économie.

---

<sup>740</sup> Ommeslaghe, *supra*, 733, p. 18.

<sup>741</sup> *Ibid.*

À ce sujet, Ommeslaghe écrit:

«En aucun cas, le juge britannique n'a le droit de modifier la convention et particulièrement de l'adapter aux circonstances nouvelles»<sup>742</sup>.

Et lorsque la *frustration* est retenue, elle conduit à la résolution du contrat (et non à son adaptation). Le contrat prend fin et chacune des parties est libérée de son obligation. «Elles n'ont à ce sujet aucune option»<sup>743</sup>.

#### 4 Le droit américain.

En l'absence d'une clause à cet effet, le droit américain ne connaît aucune solution significative quant à l'adaptation du contrat. Ainsi dans l'affaire Eastern Airlines v. Gulf Oil Corp.<sup>744</sup>, la Gulf Oil avait pris l'engagement d'assurer à un certain nombre de sociétés, la quantité de combustible que nécessitait leur approvisionnement. Elle la leur vendait à un prix fixe la tonne.

---

<sup>742</sup> Ibid. p. 20.

<sup>743</sup> David et Pugsley, supra note 112, p. 317.

<sup>744</sup> (1975), 515 F. supp., p. 429, citée par Ullmann, «Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain» (1988) R.D.A.I., P. 889; Canadian Industry Alcohol Corporation c. Dunbar Molasses Co., 258, N.Y. 194, 179, N. E. 383 (1932), le juge Cardozo.

En fait la Gulf Oil elle-même se procurait jour après jour, sur le marché, les quantités de combustible nécessaires à l'exécution de ses obligations. Mais voilà que brusquement, le cours du pétrole connaît une hausse considérable, se multipliant par quatre.

Elle voulait alors se voir exonérer de l'exécution de ses obligations en faisant valoir, que la hausse des cours les avait à tout le moins rendues financièrement hors de proportion. Pour ce faire elle entreprit de rechercher dans le Uniform Commercial Code, la et/ou les dispositions qui eussent pu lui servir de base légale. Mais en vain. En vérité, l'article 2-615 du Uniform Commercial Code est le seul texte pertinent.

Encore qu'il ne concerne que l'*impracticability of performance*, et la jurisprudence ne l'a appliqué que pour adapter des contrats que de fortes pénuries de matières premières, des catastrophes naturelles, ou encore le décès de la personne dont dépend l'exécution, ont interrompu.

Il est donc fortement conseillé aux parties de prévoir expressément l'adaptation du contrat quand c'est le droit américain qui doit le régir, car il est tout aussi sévère que le droit anglais quand il s'agit d'adapter un contrat ne comportant aucune clause à cet effet. Le premier semble cependant plus clair sur cette question en ce qu'il y distingue l'*impossibility of performance* (qui peut être rapprochée de la force majeure) de la *frustration of purpose*<sup>745</sup> que nous avons expliquée précédemment.

---

<sup>745</sup> D. M. Philippe, *supra* note 723, p. 599.

Cela dit, il est bon de savoir que le fait que les tribunaux anglais soient réticents à appliquer la théorie de la *frustration* aux cas dans lesquels la prestation devient plus onéreuse du fait de circonstances imprévues n'est représentatif d'une position uniforme au sein des ordres juridiques relevant de la *common law*<sup>746</sup>.

---

<sup>746</sup> Il faut d'ailleurs souligner qu'aux Etats-Unis, il est admis que si des circonstances économiques affectent l'exécution du contrat de sorte à la rendre onéreuse pour l'une des parties, la frustration peut jouer. Ce fut le cas dans l'affaire Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc. (499 F Supp. 53 D.C.W.D.Pa. 1980 cité par Bruner Philip, dans son article «Allocation of Risks in International Construction» (1986) 3 J.C.L.R. part. 3, p. 274) où le tribunal adapte un contrat de fourniture d'aluminium à exécution successive, et qui a subi une inflation imprévue d'environ soixante (60) millions de dollars. Sur cette affaire, voir P. Golberg, supra note 657.

## 5 La Convention de Vienne.

La vente internationale telle que nous l'appréhendons, met en contact des professionnels. Ces derniers sont donc censés se prémunir contre toutes sortes de risques possibles et imaginables, susceptibles d'être subis dans leur métier. On n'a donc pas à venir à leur secours, lorsque leur relation est sujette à un bouleversement d'ordre financier qui fait chavirer l'équilibre contractuel. Il leur appartient de s'en protéger. Il n'appartient pas au juge, dans le silence des parties de reconstruire de lui-même l'équilibre du contrat. En raisonnant ainsi, on ne peut guère être choqué par le rejet de la théorie de l'imprévision. Du reste, c'est le parti qu'a pris la Convention de Vienne. Elle a choisi de ne pas consacrer la théorie de l'imprévision. Elle est plutôt d'avis que le prix convenu entre les parties s'impose à elles, quand bien même le coût des marchandises a subi, entre le moment de la conclusion et celui de son exécution, des fluctuations telles que l'économie du contrat en ressort totalement bouleversée. Ainsi, par exemple, le vendeur ne saurait se prévaloir du fait que l'exécution du contrat conduirait à la faillite de son entreprise pour refuser d'honorer ses engagements. En vérité, de l'article 79 de la Convention de Vienne qui traite des causes d'exonération, il ressort clairement que les parties ne peuvent utilement se prévaloir que d'une impossibilité objective d'exécution pour justifier leur manquement à leurs obligations. C'est dire que les auteurs de la Convention de Vienne ont entendu rejeter la théorie de l'imprévision<sup>747</sup>.

---

<sup>747</sup> Voir en ce sens, Denis Tallon en Bianca et Bonell, *supra* note 108, p. 583; V. Heuzé, *supra* note 12, p. 267.

Nous avons déjà dit que permettre une adaptation du contrat, par arbitrage, sur la base d'une clause compromissoire générale qui ne vise pas nommément l'adaptation du contrat, serait faire du contrat une boîte à surprises qui brouillerait les limites exactes des engagements des parties, tels qu'elles peuvent les percevoir. Toutefois, un tel argument ne vaudrait pas si la Convention de Vienne avait consacré la théorie de l'imprévision. Elle n'aurait pas introduit pour cela de l'incertitude, de l'insécurité juridique dans le contrat de vente. Ceci, car les parties, en désignant directement la Convention de Vienne comme droit applicable, ou en se référant à un droit national qui conduit à l'application de celle-ci, auront pu savoir qu'ainsi, elles rendaient applicable la théorie de l'imprévision. Ce n'aurait pas été une surprise. Quoiqu'il en soit, nous approuvons le choix fait par la Convention de Vienne. Les parties se doivent de faire preuve de prudence. Et c'est précisément être prudent que de prévoir des variations de cours par exemple. Surtout si l'on transige en devises. Par ailleurs, la Convention de Vienne n'interdit pas aux parties qui le souhaitent, d'insérer dans leur contrat, tous les mécanismes régulateurs qu'elles pourraient juger utiles (monnaies de compte, clauses d'échelles mobiles, clause d'imprévision, etc)<sup>748</sup>.

## **6 Les droits ayant admis la théorie de l'imprévision.**

Il s'agit ici, soit d'une admission légale de la théorie, soit d'une admission par les tribunaux qui pour ce faire, recherchent dans les textes existants, des dispositions qui puissent légalement fonder une modification par eux de l'entente des parties.

---

<sup>748</sup> Sur ces mécanismes, voir B. Bourdelois, *Dictionnaire Joly : pratique des contrats internationaux*, Livres IV et V; J. Dach, «Money of Reference and Conversion of Foreign Money» (1956) *Am Journ. of Comp. Law*, 517; M. Fontaine, «Les clauses de hardship», *supra* note 579, J. Hautot, *supra* note 579, p. 2181; Bruno Oppetit, «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship», *supra* note 579, p. 794.

Dans cette deuxième catégorie, on peut citer le droit suisse, car certains juges font appel pour justifier la révision d'un contrat, aux principes de l'abus de droit et de la bonne foi découlant de l'article 2 du Code civil suisse.

Il est considéré de mauvaise foi de forcer le débiteur ou le créancier à exécuter ses obligations telles que prévues initialement alors même que des circonstances postérieures sont survenues qui ont bouleversé l'économie générale du contrat de façon excessive pour lui. On permettra alors à cette partie de résoudre le contrat si l'autre refuse une adaptation équitable<sup>749</sup>. Les juges suisses s'appuient également sur l'article 1er du Code civil suisse qui prévoit la reconnaissance au juge du pouvoir de combler la loi<sup>750</sup>. Ils ont également tenté de justifier la clause *rebus sic stantibus* par la théorie de l'erreur traitée à l'article 24 du Code suisse des obligations. Au delà de la diversité des fondements, l'idée à retenir est que le droit suisse accepte la théorie de l'imprévision sous réserve toutefois des quelques exigences que Ommeslaghe résume ainsi:

«Il faut en premier lieu la survenance d'un événement extérieur imprévisible produisant ses effets indépendamment de toute faute du demandeur en imprévision; cet événement doit avoir plutôt un caractère général et non simplement individuel (catastrophe générale comme la guerre ou la crise économique, ou même un cataclysme pouvant sortir leur effet localement). Les événements invoqués doivent rompre

---

<sup>749</sup> P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel Ed. Ides et Calendes, 1973, no. 251; voir aussi R.O. 1958, 1933, II, 390, où le tribunal fédéral a usé de ce fondement pour intervenir dans une affaire où il s'agissait de rembourser une dette libellée en marks, que le débiteur avait absolument l'intention de régler en marks totalement dépréciés.

<sup>750</sup> Ommeslaghe, supra note 733, p. 35.

l'équilibre contractuel que les parties avaient institué en contractant - tout particulièrement le rapport entre la prestation et la contre-prestation dans les contrats synallagmatiques»<sup>751</sup>.

Le droit allemand appartient à la même mouvance, il ne connaît aucun texte instituant le principe de révision des contrats<sup>752</sup>. Il faut quand même rappeler que le Codex Maximilianus Bavaricus civilis (1756) et l'Allgemeines Landrecht prussien (1796) avaient consacré l'adage *rebus sic stantibus*<sup>753</sup>, pour ensuite l'abandonner. Cependant dès le XIX<sup>e</sup> siècle, alors que se prépare la codification du droit civil allemand, la doctrine allemande entreprend de réhabiliter l'adage. Windscheid s'y essaie en vain avec sa théorie de la présupposition, qui équivaut au fond, à la reconnaissance d'une condition résolutoire implicite dans tout contrat. En 1921, donc au lendemain du premier conflit mondial, Oertmann construit sa théorie du fondement de l'opération *Lehre der geschäftsgrunlage* qui tend à faire admettre que la force exécutoire du contrat est subordonnée au maintien des prévisions et suppositions des parties, telles qu'elles existaient au moment de la conclusion de l'engagement. La jurisprudence a largement admis cette théorie. Elle lui a d'ailleurs trouvé en l'article 242 BGB (Code civil allemand)<sup>754</sup> une base légale. De la sorte, elle a pu permettre la réévaluation des dévaluations monétaires des années 1920, la modification d'un contrat de vente libellé en devises britanniques qui avait été touché par une dévaluation imprévisible de la livre anglaise<sup>755</sup>.

---

<sup>751</sup> Ibid. p. 35-36.

<sup>752</sup> Reinhard, Sparswasser, rapport allemand, Les modifications du contrat en cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, supra note 580, p. 123.

<sup>753</sup> Philippe, supra note 723, p. 217.

<sup>754</sup> «Le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages».

<sup>755</sup> Sparswasser, supra note 580, p. 129-130.



La jurisprudence contemporaine s'autorise elle aussi, de cette façon, à modifier le contrat en cas d'imprévision tout en aménageant cependant des exceptions importantes: les contrats spéculatifs et les contrats dont les risques étaient prévisibles. De plus, contrairement au droit anglais, les pouvoirs du juge allemand ne sont pas limités à la résolution du contrat. En fait, ce n'est qu'en cas d'ultime recours, si l'adaptation s'avère impossible qu'il mettra fin au contrat<sup>756</sup>. La jurisprudence espagnole qui ne dispose d'aucun texte régissant expressément l'imprévision adopte la même démarche que les magistrats suisses et allemands. Ainsi pour mettre en oeuvre la révision du contrat, elle a dû tour à tour, s'appuyer sur les articles 1255 et 1258 du Code civil (espagnol), le premier des deux textes portant sur les notions de bonne moeurs et d'ordre public et le deuxième sur l'exécution de bonne foi des contrats<sup>757</sup>. Dans la catégorie des droits ayant légalement (c'est-à-dire sur la base de texte précis) admis la théorie de l'imprévision, il faut mentionner le droit italien où le Code civil consacre un texte à l'imprévision. Il s'agit de l'article 1467 qui autorise, dans tout contrat à exécution successive<sup>758</sup>, la partie dont la prestation est devenue très onéreuse à cause des événements imprévisibles à demander la résiliation du contrat en autant que ces événements qui ont eu pour effet d'aggraver ses obligations, ne puissent être regardés comme un aléa normal<sup>759</sup>.

---

<sup>756</sup> Ibid. p. 129-132.

<sup>757</sup> Fontaine, «Les clause de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme», supra note 579 p. 45; Dicko et Houde, supra note 574.

<sup>758</sup> En fait la jurisprudence italienne a écarté du champ de cette disposition, les contrats de location, d'antichrèse, de rente viagère. Outre l'Italie, Le Code civil égyptien de 1948 (art. 47), de 1960 (art. 3.183) Le droit algérien (art. 107; voir également Terki, «L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien», supra note 578, p. 18); l'art. 388 du Code civil grec, admettent la théorie de l'imprévision.

<sup>759</sup> Ommeslaghe supra note 733, p. 37, note in fine 44 cite une sentence inédite de la C.C.I. (2006) du 1er juillet 1972 qui a appliqué cette disposition du Code civil italien et prononcé la résolution d'un contrat à cause de la survenance d'un aléa non compris parmi ceux que les parties devaient assumer en matière de prix de *Gas Oil*.

Toutefois l'autre partie pourra éviter la résiliation si elle favorise une adaptation équitable du contrat.

À l'issue de ce tour d'horizon, il convient de tirer quelques leçons. Si les parties n'ont pas prévu le remède à l'échec de leurs négociations tendant à adapter leur contrat, tout dépendra de la loi appliquée au dit contrat. C'est dire que si cette loi permet la révision du contrat en cas d'imprévision, le juge peut dans toute la mesure du possible intervenir pour adapter, rééquilibrer la convention. Et même si c'est la jurisprudence qui en l'absence de texte spécifique admet la révision, cela ne nous apparaît pas incompatible avec la fonction juridictionnelle du juge si tant est que les parties ont, au moins, prévu d'engager des négociations pour juguler le déséquilibre économique venu postérieurement affecter leur convention. Le fait pour les parties d'avoir prévu négocier une adaptation montre à tout le moins qu'elles ont espéré autre chose que la résiliation du contrat, son maintien (mais dans une version rééquilibrée). Il importe alors de cerner de très près les raisons de l'échec des négociations. Il faut que dans ces négociations les parties fassent preuve de bonne foi. En conséquence si l'une d'entre elles refuse d'accepter les termes d'une proposition de modification alors que ceux-ci peuvent apparaître comme justes et équitables, il convient de déduire que cette partie est de mauvaise foi et tente, soit de profiter du déséquilibre de l'économie générale du contrat pour s'enrichir considérablement au détriment de l'autre partie, soit pour se libérer du contrat. Dans ces conditions, que le juge saisi procède à l'adaptation du contrat est tout à fait juste sur le plan juridique, en plus d'être de nature à éviter des faillites sur le plan des affaires. Il ne faut pas permettre un échec dû à la mauvaise foi de l'une des parties.

Ainsi, si une telle mauvaise foi est patente, constatée, le juge saisi disposera alors de deux solutions possibles: soit il résilie le contrat et dans ce cas il peut accorder des dommages-intérêts à la partie victime de la mauvaise foi de l'autre, ce qui bien souvent sera insuffisant, soit il le réajuste et permet aux parties de poursuivre leurs rapports. Et ce serait là une manière pour lui de signifier à la partie de mauvaise foi qu'elle a tort de se comporter ainsi, tout en tenant compte de la volonté implicite des parties de rééquilibrer le contrat et poursuivre son exécution. Cela ne saurait être vu comme incompatible avec sa fonction juridictionnelle. Tout bien considéré, cette deuxième solution est meilleure. Si toutefois les parties n'ont absolument pas prévu de renégocier leur contrat, si elles n'ont prévu aucune clause d'adaptation, elles devront continuer à exécuter le contrat comme elles l'ont fait depuis le début. Et si l'une d'elles saisit le juge d'une action en révision, tout dépendra alors de la loi applicable. Il faudra alors savoir si cette loi admet la théorie de l'imprévision ou pas, vérifier si les conditions de l'imprévision sont réunies, si l'intention des parties n'est pas de résilier le contrat en cas de bouleversement fondamental, etc...Peut-on valablement dire du juge ou de l'arbitre ayant reçu le pouvoir de réviser le contrat, de créer une nouvelle obligation, d'agir sur le lien contractuel initial?

### **Section III L'adaptation du contrat par l'arbitre constitue-t-elle création d'une nouvelle obligation contractuelle?**

Comme Prujiner le rappelle si bien:

«Il ne faut pas perdre de vue l'objectif même de l'adaptation qui est le plus souvent la sauvegarde de l'économie du contrat malgré un changement de circonstances qui la menace.

[...] Plus le contenu de l'obligation de modification sera précis, plus le champ d'appréciation de l'arbitre sera limité.»<sup>760</sup>

Cela est parfaitement juste, car le débat sur l'assimilation ou pas de l'adaptation du contrat par l'arbitre à un pouvoir créateur qu'ainsi il aurait, ne peut sérieusement se tenir si les parties ont minutieusement délimité l'obligation de modification à l'origine du litige qu'elles ont soumis audit arbitre. À l'inverse, le caractère flou et vague donc forcément imprécis de cette obligation de modification peut présenter quelques risques de dérapage. Peut-être est-ce une des raisons de l'hostilité de nombre d'auteurs à l'égard de la possibilité pour un arbitre d'adapter le contrat. En effet, prétendre, face à une obligation d'adaptation trop vague, que l'arbitre-adaptateur (qui pourrait être un amiable compositeur) risque de modifier le lien contractuel, de créer de nouvelles obligations, et donc d'excéder son pouvoir juridictionnel, est loin d'être farfelu. Ce risque existe et certains auteurs l'ont souligné.

---

<sup>760</sup> Prujiner, *supra* note 584, p. 441.

## **I La position des auteurs qui assimilent l'adaptation par l'arbitre à la création d'une nouvelle obligation.**

Une partie de la doctrine considère même qu'il ne s'agit pas d'un simple risque, mais que l'arbitre appelé à adapter agirait forcément sur le lien contractuel. Certains auteurs dans cette doctrine ont semblé ne ressentir le problème qu'en cas d'amicable composition<sup>761</sup>. Ainsi Loquin qui ne conteste pas qu'un «amicable compositeur» ait le pouvoir d'écarter une disposition contractuelle inéquitable pour en réduire les effets, affirme que :

«il est plus discuté qu'il puisse créer lui-même de nouvelles obligations en révisant pour l'avenir le contrat [...]»<sup>762</sup>,

car toujours selon lui:

«Il ne s'agirait plus alors de sanctionner les droits déjà échus quitte ensuite à en tempérer la rigueur, mais de modifier pour l'avenir le contenu contractuel. Loin de sanctionner des obligations, l'amicable compositeur recevrait également le pouvoir d'en créer pour l'avenir de nouvelles»<sup>763</sup>.

---

<sup>761</sup> Sur la notion et le régime juridique, voir N. Antaky, «L'amicable composition» *supra* note 668; J.D. Bredin, *Supra* note 668, p. 259.

<sup>762</sup> E. Loquin, L'amicable composition en droit comparé et international, Paris, Librairie Technique, 1980, p. 284

<sup>763</sup> *Ibid.* p. 294.

Son point de vue est partagé par Level pour qui:

«investi du pouvoir de trancher le litige en s'affranchissant des clauses du contrat, l'amiable compositeur reste investi d'un pouvoir juridictionnel qui ne s'exerce que dans un cadre contentieux. Il peut, dans sa sentence, affranchir l'une des parties de l'application d'une clause, ce faisant il tranche un litige; il ne peut, sans en avoir le pouvoir exprès du contrat, sortir de la fonction juridictionnelle, telle qu'elle est comprise en droit français, et réviser, avec effet pour l'avenir telle clause du contrat litigieux. L'amiable composition ne comporte pas le pouvoir de révision du contrat si les parties ne l'ont pas dit expressément»<sup>764</sup>.

Quant à Fouchard, il paraît plus difficile à suivre, puisque selon lui, une simple clause d'amiable composition ne saurait permettre l'adaptation pour l'avenir. Celle-ci devra être fondée sur une clause d'imprévision ou de régulation<sup>765</sup>. Il en découlerait qu'en présence d'une clause d'imprévision, l'amiable compositeur pourrait adapter le contrat pour l'avenir, agir sur le lien contractuel comme si du coup, cela devenait compatible avec la fonction juridictionnelle dont il est également titulaire<sup>766</sup>. Robert et Moreau sont beaucoup plus explicites et clairs.

---

<sup>764</sup> P. Level, «L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980» (1980) *Rev. Arb.*, 658.

<sup>765</sup> P. Fouchard, (1984) *Rev. Arb.* 281.

<sup>766</sup> Kassis n'a d'ailleurs pas manqué de s'interroger sur cette position de Fouchard en ces termes: «Qu'entend dire au juste Fouchard lorsqu'il affirme qu'une simple clause d'amiable composition n'autorise pas l'arbitre à adapter le contrat pour l'avenir et qu'une telle adaptation ne peut se fonder que sur une clause d'imprévision ou de régulation? A supposer qu'une telle clause existe, autorise-t-elle l'arbitre agissant au contentieux à réviser le contrat pour l'avenir, si tant est qu'une révision de ce genre excède la fonction juridictionnelle?». Voir Kassis *supra* note 195, p. 309.

Selon eux, il faut éviter de cantonner le débat autour des pouvoirs de l'amiable compositeur, car la vraie question est celle de savoir si un arbitre, quel qu'il soit, peut procéder à l'adaptation du contrat pour l'avenir, s'il apparaît un changement des circonstances justifiant cela? Ayant ainsi posé le problème, ces deux auteurs font observer que l'arbitre statuant en droit ne peut vraisemblablement réviser un contrat, vu l'opposition résolue de la jurisprudence civile française quant à la prise en considération de l'imprévision. Logiquement, l'article 1134 du Code civil français qui proclame le principe de l'effet obligatoire n'étant pas un texte impératif, la règle qu'elle porte devrait céder face à l'amiable composition. Les deux auteurs estiment toutefois qu'il n'en est rien si l'on s'en tient au fondement de la distinction entre l'arbitre et le tiers qui agit sur la base de l'article 1592 du Code civil français. Le second agirait sur la «fonction active» du lien contractuel puisque son intervention a pour cause le maintien ou la reconstitution du contrat; et du fait qu'il en est ainsi, ladite intervention revêt un caractère contractuel. Quant au premier, il tendra suite à un litige à agir sur le même «lien» mais pour sanctionner la désagrégation d'une de ses composantes. De là, le caractère juridictionnel de son intervention<sup>767</sup>. C'est pourquoi, considérant l'amiable compositeur, les deux auteurs déduisent que:

«Dès lors, du fait que l'intervention de l'amiable compositeur à raison de la modification des circonstances économiques ne pourrait avoir qu'une finalité contractuelle autorisant à porter atteinte à l'une des obligations du contrat pour lui en substituer une autre, elle cesserait par là de constituer un arbitrage, et la décision du tiers ne serait pas susceptible d'exequatur. Dès lors, et si regrettable que cela soit à certains égards, le recours à l'imprévision ne pourrait à lui seul autoriser

---

<sup>767</sup> J. Robert et B. Moreau, supra note 197, p. 163-164.

l'amiable compositeur à porter directement atteinte aux dispositions contractuelles»<sup>768</sup>.

Kassis qui souligne qu'en droit français l'idée revient comme un «leitmotiv» résume ainsi la doctrine française;

«La doctrine dominante considère que l'arbitre qui opère l'adaptation aux nouvelles circonstances pour l'avenir ne rend pas une sentence arbitrale contentieuse dans le sens du Code de procédure civile. Et on l'explique en disant que, ce faisant, l'arbitre fixe un élément du contrat, comble une «lacune survenante» et ne diffère en rien du tiers qui fixe un prix en application de l'article 1592 du Code civil. Qu'elle soit initiale ou survenante, c'est toujours une lacune qui est comblée et l'arbitre «crée» de nouvelles obligations, des conditions nouvelles en substituant une obligation à une autre. cela a trait au «lien» contractuel dans sa fonction active, créatrice. Or, la fonction créatrice d'obligations dans le cadre contractuel est différente de la fonction juridictionnelle qui ne s'exerce que dans un cadre contentieux. En un mot, réviser le contrat pour l'avenir équivaut à le créer ou à le parfaire comme le fait le tiers de l'article 1592»<sup>769</sup>.

Ainsi donc pour un grand nombre d'auteurs, l'adaptation du contrat par l'arbitre implique par ce dernier, la création d'une nouvelle obligation à la place de l'ancienne. Selon nous, cette position est contestable, pour les raisons qui suivent.

---

<sup>768</sup> Ibid. p. 164.

<sup>769</sup> Kassis, supra note 197, p. 311.



## **II L'adaptation du contrat n'opère pas novation.**

Pour s'en rendre compte, il suffit d'examiner la mission du tiers et de la confronter au régime juridique de la novation<sup>770</sup>.

### **1 La mission.**

Quelle est la mission du tiers? Cette question est importante. Il faut bien comprendre cette mission, afin de la confronter à l'institution juridique qu'est la novation, pour s'apercevoir que la première ne conduit pas à la seconde. Comme le souligne Fontaine, la mission de l'arbitre-adaptateur (ou du juge) est parfois tacitement fixée par référence à ce qui était l'objet de la renégociation qu'elles ont pu elles-mêmes entreprendre; et il donne en exemple la clause suivante:

«Les deux contractants, à l'initiative de la partie préjudiciée, se concerteraient, dans un esprit de compréhension et d'équité, pour déterminer en commun le moyen de remédier promptement et adéquatement à cette situation préjudiciable et, le cas échéant, pour apporter au contrat les amendements nécessaires. Au cas où les parties ne parviendraient pas à trouver elles-mêmes une solution à leurs difficultés, elles feraient appel à l'arbitrage prévu au contrat»<sup>771</sup>.

---

<sup>770</sup> A. Benabent, *supra* note 14, p. 347 et s.; Malaurie et Aynes, *supra* note 19, 1995/1996, p. 624.

<sup>771</sup> Fontaine, *supra* note 589, p. 274-275.

Il souligne à travers cet autre exemple que, parfois, les parties définissent de manière plus particulière la mission du tiers:

«Les arbitres, après avoir entendu les parties, peuvent, soit modifier d'autorité les clauses litigieuses dans la mesure nécessaire pour rétablir la position relative des parties, soit résoudre la convention»<sup>772</sup>.

L'idée à retenir est donc que la mission du tiers qui intervient à la suite de l'échec des renégociations à la demande des parties, est de redonner au contrat l'équilibre qu'il a perdu à cause des circonstances nouvelles. Ainsi, il peut, pour atteindre un tel objectif, modifier à la hausse ou à la baisse le prix prévu dans la vente pour tenir compte des circonstances nouvelles, et des effets qui en découlent, si tant est que c'est tout ce qui est nécessaire pour adapter le contrat et, réintroduire l'équilibre entre les prestations des parties. La mission de l'arbitre-adaptateur est donc de supprimer ou de modifier le ou les éléments du contrat qui ont besoin de l'être conformément aux circonstances nouvelles afin que l'équilibre du contrat, qui est menacé ou rompu par le changement des circonstances, soit rétabli. Prujiner n'a pas une conception différente de la mission de l'arbitre-adaptateur lorsqu'il écrit:

«Il ne faut pas perdre de vue l'objectif même de l'adaptation qui est le plus souvent la sauvegarde de l'économie du contrat malgré un changement de circonstances qui la menace»<sup>773</sup>.

---

<sup>772</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>773</sup> A. Prujiner, *supra* note 584.

Peut-on alors valablement dire qu'une telle mission est constitutive de novation, puisqu'elle seule traduit parfaitement l'idée de changement du contrat pour l'avenir, l'idée de création d'obligation nouvelle, tel que cela ressort du discours des tenants de cette thèse. Pour répondre à cette question, examinons ce qu'est la novation.

## **2 Le régime juridique de la novation.**

Aux termes de l'article 1234 du Code civil français:

**«Les obligations s'éteignent (souligné par nous):**

**[...];**

**par la novation;**

**[...]».**

Les termes sont quasiment les mêmes dans l'article 1660 du C.c.Q. (article 1138 du C.C.B.C.). Il en ressort clairement que la novation éteint l'obligation. Précisons davantage la notion. Pour cela, il faut examiner de la novation les conditions et les effets.

## 2.1 Les conditions de la novation.

Pour qu'il y ait novation, il faut observer, la succession de deux obligations différentes d'une à l'autre. Une ancienne qui s'éteint au profit d'une nouvelle. Cette succession d'obligations doit être voulue par les parties (c'est d'ailleurs ce qui fait de la novation une convention), et cette volonté des parties doit elle-même reposer sur quelque chose de nouveau (*aliquid novi*).

Cet élément de nouveauté peut concerner l'un des sujets du rapport juridique. Ainsi, il peut y avoir novation par changement du créancier (art. 1660 du C.c.Q., art. 1169-3 C.C.B.C., art.1271-3 du Code civil français). Ici, un nouveau créancier remplace l'ancien. On pourrait penser à une cession de créance. Il n'en est rien puisque le nouveau créancier a une créance nouvelle nullement assortie des garanties de l'ancienne, pas plus qu'elle n'est affectée de ses vices<sup>774</sup>. Il faut que le débiteur consente à ce nouveau rapport, alors que dans la cession de créance, la cession peut se faire sans la volonté du débiteur cédé. Il peut aussi y avoir novation par changement de débiteur, (art. 1660 du C.c.Q., art 1169-2 C.C.B.C., art. 1271-2 Code civil français), ce qui peut se faire de deux manières. Le nouveau débiteur peut spontanément s'obliger envers le créancier en lieu et place du débiteur, qui sera alors libéré sans que sa volonté n'intervienne (c'est ce qu'on appelle l'expromission art. 1660 du C.c.Q., art. 1172 C.C.B.C., art. 1274 Code civil français). Il faut que le créancier y consente. Le nouveau débiteur peut venir s'obliger envers le créancier à la demande ou sur l'ordre du débiteur ancien. C'est la délégation. Il faut toutefois souligner que la délégation n'emporte pas nécessairement novation.

---

<sup>774</sup> J. Carbonnier, supra note 643, p. 769; Benabent, supra note 12, p. 351; Malauries et Aynes, supra note 19, p. 628-629.

Elle ajoute le délégué comme second débiteur aux côtés du délégant sans libérer celui-ci. On parle alors de délégation imparfaite. Pour que le délégant soit libéré et qu'il y ait novation, il faut une délégation parfaite, ce qui revient à dire qu'il faut qu'il y ait extinction de l'obligation primitive. À cet effet, une déclaration expresse du créancier est indispensable. En portant sur un changement de créancier ou sur un changement de débiteur, la novation est dite subjective. Elle peut également être objective. Elle concernera alors la cause, le même débiteur s'engageant envers le même créancier, pour le même objet, mais à un autre titre.

C'est sur la source même de l'obligation que porte le changement. On peut citer en exemple la convention par laquelle l'acheteur s'oblige envers le vendeur à conserver en dépôt le prix de la vente. Le premier est toujours lié au second, mais cette fois non pas par l'obligation de lui payer un prix, mais par celle de conserver ce prix en dépôt. De la sorte, les garanties qui se trouvaient attachées à l'obligation de payer sont éteintes. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement puisqu'il y a novation, et que d'une obligation à l'autre, il y a non pas continuité mais rupture. La novation objective concerne également les modalités de l'obligation. Les modalités sont les conditions<sup>775</sup> et les termes<sup>776</sup> qui encadrent l'obligation.

---

<sup>775</sup> La condition (art. 1079 C.C.B.C., art. 1497 du C.c.Q.) au sens juridique est un événement futur et incertain qui suspend (condition suspensive) ou résilie (condition résolutoire) l'obligation dont l'existence du contrat dépend. Suivant son sens commun, le mot condition désigne le ou les éléments à réunir pour qu'une chose existe. Voir pour plus de détails M. Tancelin supra note 431, p. 193 et ss.

<sup>776</sup> Le terme (art. 1089 et ss C.C.B.C., art. 1508 du C.c.Q.) est un événement futur et certain qui affecte le contrat de manière suspensive ou extinctif. Il faut souligner qu'à la différence de la condition suspensive, le terme suspensif ne modifie pas l'existence de l'obligation mais seulement son exigibilité. C'est d'ailleurs le sens de l'art. 1089 C.C.B.C. qui stipule: «Le terme diffère de la condition suspensive, en ce qu'il ne suspend point l'obligation, mais en retarde seulement l'exécution». Pour plus de détails voir M. Tancelin supra note 431, p. 187 et ss.

Si donc on ajoute ou on retranche une condition, la substance de l'obligation peut être considérée comme altérée, et il y aura novation puisque la condition affecte l'existence même de l'engagement. Alors que le retranchement d'un terme n'a aucune conséquence novatoire, puisqu'il ne concerne que l'exigibilité de l'obligation. La novation objective peut enfin concerner l'objet de l'obligation (novation par changement d'objet). Cette forme de novation consiste dans le remplacement d'une obligation en espèce ou en nature<sup>777</sup>. La dation en paiement ne supposant qu'un paiement en nature, la novation par changement d'objet s'en distingue<sup>778</sup>.

De plus, à l'inverse de la novation, dans la dation en paiement, il n'y a pas véritablement création d'obligation, puisque le paiement est immédiat<sup>779</sup>.

Quelle que soit sa forme, la novation suppose l'intention de nover; de sorte qu'il s'agit d'une convention passée entre créancier et débiteur, éventuellement avec un tiers, afin d'éteindre un rapport obligatoire et d'en créer un autre<sup>780</sup>. De ce qui précède, on peut déjà percevoir les effets de la novation que nous allons maintenant préciser.

---

<sup>777</sup> Ross et Hutchinson c. Royal Institution, [1932] R.C.S. 57. M. Tancelin et D. Gardner, Jurisprudence sur les obligations, 6<sup>e</sup> éd. Montréal Wilson et Lafleur, 1996, no. 27.

<sup>778</sup> M. Tancelin, supra note 468, p. 550.

<sup>779</sup> Carbonnier, supra note 643, p.770.

<sup>780</sup> Carbonnier, Ibid.

## 2.2 Les effets de la novation.

La novation produit un effet extinctif qui conduit l'obligation ancienne à s'éteindre de la même manière qu'elle le serait par un paiement réel, et un effet créateur en ce sens qu'une obligation nouvelle est créée tout comme elle le serait par un contrat indépendant. Il faut cependant mutuellement causés l'un par l'autre. La première obligation ne s'éteint que dans la mesure où la seconde est valablement créée; La seconde ne se crée qu'autant que la première est valablement éteinte. De l'obligation ancienne à la nouvelle, il y a discontinuité, rupture<sup>781</sup>. D'où l'intransmissibilité des garanties attachées à l'obligation ancienne (art. 1662 du C.c.Q., art. 1076 et ss. C.C.B.C., ) et l'inopposabilité des exceptions; les moyens de défense que le débiteur pouvait faire valoir à l'encontre de l'ancienne créance ne pouvant plus être opposés à la nouvelle. La novation se résume donc à l'extinction volontaire par les parties d'une obligation, et la création tout aussi volontaire d'une obligation nouvelle qui prend la place de l'ancienne. C'est dire que le lien juridique initial se rompt, disparaît, et à sa place, apparaît un nouveau lien. Tout cela, avec le consentement des parties. Quand les parties à un contrat de vente internationale ont échoué dans leur tentative d'apporter elles-mêmes des modifications au contrat, quand elles sont incapables bien qu'ayant entrepris de le renégocier, de s'entendre sur les modifications à lui apporter en vue de l'adapter aux circonstances nouvelles, et qu'elles s'en remettent à un tiers (un arbitre par exemple) pour ce faire, peut-on sérieusement dire que les conclusions de ce dernier vont nover le contrat initial, ou plus précisément qu'il va créer une nouvelle obligation?

---

<sup>781</sup> Ibid., p. 770-772.

Reprenons notre exemple: une vente conclue en 1983 pour une période de vingt (20) ans, dans laquelle le vendeur, entreprise spécialisée dans le domaine, doit livrer du bois ouvré à l'acheteur; et supposons que le prix du bois brut se multiplie par cent (100) 10 ans après, et que les parties, conformément à leur contrat, aient tenté en vain de le réajuster elles-mêmes et qu'elles demandent sur la base de la clause suivante que:

«À l'issue des renégociations que les parties auront entreprises pour adapter le contrat aux nouvelles circonstances, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les modifications à apporter au contrat en vue de l'adapter aux circonstances nouvelles qui auront eu pour effet d'en bouleverser l'économie ou serait de nature à produire un tel résultat, l'arbitre désigné pour y procéder, devra le faire en tenant compte de toutes ces circonstances avec pour seules fins de conférer au contrat, en regard auxdites circonstances, l'équilibre qu'elles lui ont fait perdre».

Et supposons que l'arbitre juge suffisant pour accomplir sa mission d'adaptateur, de modifier par exemple le prix initialement fixé à la vente, pour tenir compte de la hausse survenue. En modifiant le prix c'est-à-dire en indiquant que le nouveau prix à payer compte-tenu des circonstances, est par exemple 1000\$ la tonne de bois ouvré au lieu de 10\$, le contrat qui lie les parties ne cessera pas pour autant d'exister, pas plus que pour l'acheteur l'obligation d'acheter du bois ouvré et le vendeur de lui en vendre. La nouvelle somme d'argent que l'acheteur versera au vendeur, le sera toujours en contre-partie du bois ouvré que ce dernier lui livrera comme avant la survenance des circonstances nouvelles.



C'est dire que l'obligation ne disparaît pas pour être remplacée par une autre, pas plus que le lien juridique qui reste le même. Les parties demeurent les mêmes, la cause de l'obligation, l'objet de l'obligation, la cause du contrat, l'objet du contrat, etc... restent les mêmes. Il faut cependant que l'arbitre-adaptateur connaisse bien les limites de son intervention. L'idéal serait que les parties lui en fournissent les critères. Si les parties ne l'ont pas fait, l'arbitre doit veiller à ne pas dénaturer les obligations. Il doit chercher à atteindre ses objectifs d'adaptation en opérant des modifications quantitatives et non qualitatives. En ce sens, il ne peut par exemple, sans toucher à la qualité des obligations, exempter le vendeur de livrer les marchandises «rendues droits acquittés»<sup>782</sup> comme le prévoyait le contrat avant la survenance des circonstances nouvelles. S'il agit ainsi, on peut valablement lui reprocher d'avoir opéré une novation, d'avoir agi sur le lien contractuel, d'avoir dépassé le cadre de l'adaptation, d'avoir agi *ultra petita*<sup>783</sup>.

Sous réserve d'un tel dépassement, il n'y a pas entre l'acheteur et le vendeur, création d'obligation nouvelle qui vienne remplacer une obligation ancienne établissant entre les deux la rupture qui caractérise la succession de ces deux types d'obligation dans la novation. Au fond, le nouveau prix fixé par l'arbitre, l'allègement qu'il attribue aux obligations de l'une des parties ne remet point en cause la continuité du contrat et des obligations qui y sont contenues. L'ensemble du lien juridique n'est que rééquilibré, réajusté, adapté. L'intervention de l'arbitre n'emporte pas novation, et alors de dire avec raison Kassis:

---

<sup>782</sup> Voir Incoterms C.C.I., Paris, 1990.

<sup>783</sup> Voir dans le sens Prujiner, supra note 584, p. 442 et ss.; Kassis, supra note 195, p. 322 et ss.

«[...] dès lors que la révision n'emporte pas novation, elle n'est pas un acte créateur, car le lien contractuel préexiste à cette révision et subsiste après qu'elle ait été effectuée, et cela sans rupture. Rien n'empêche alors que le tiers désigné pour procéder à la révision l'effectue en qualité d'arbitre exerçant une fonction juridictionnelle: le contrat existant toujours et produisant ses effets, ce tiers tranche un litige entre les parties sur leurs droits et leurs obligations réciproques [...].»<sup>784</sup>.

Autant dire que juridiquement, on ne peut sérieusement prétendre qu'adaptant le contrat à la demande des parties, le tiers (arbitre ou juge) créerait forcément de nouvelles obligations, changerait le contrat pour l'avenir, donc outrepasserait sa fonction juridictionnelle. Il est donc acquis que le tiers peut réviser ou adapter le contrat (le prix) en qualité de juge ou d'arbitre. Une fois désigné ou saisi, quel droit va régir sa mission?

#### **Section IV De la détermination du droit applicable.**

Il faut souligner que le tiers ou plus exactement l'arbitre ou le juge peut procéder à l'adaptation, les parties la lui demandant par le biais d'une clause de *hardship* (dans le cas de l'arbitre). Cependant, un silence de leur part sur le droit à appliquer à cet effet, laissera ouverte la question de la recherche de ce droit qui concerne d'une part la procédure et de l'autre, le fond du litige. C'est cet aspect des choses qui retient maintenant notre attention.

---

<sup>784</sup> Supra note 195, p. 312.

## **I La détermination du droit applicable à la procédure arbitrale.**

Il appartient aux parties de dire à l'arbitre quelle procédure suivre<sup>785</sup> à moins que la loi du lieu où l'arbitrage se tient l'interdise. Elles peuvent aussi rester silencieuses sur la question. En ce cas, la plupart des textes s'accordent à reconnaître une grande marge de manoeuvre à l'arbitre ce dernier pouvant conduire l'arbitrage comme il estime approprié de le faire<sup>786</sup>. En fait, la détermination de la loi de procédure de l'arbitrage obéit au principe de l'autonomie. Ce n'est que dans le silence des parties que l'arbitre peut régler la procédure comme il juge approprié de le faire.

## **II La détermination du droit devant régir l'arbitrage au fond.**

Nous allons d'abord exposer les différentes méthodes de détermination du droit applicable, afin de mieux comprendre les solutions du droit positif en la matière. L'arbitre n'a pas de for. Par conséquent et contrairement au juge judiciaire, il n'est pas tenu d'appliquer une loi nationale. Ainsi, l'arbitre aura ici aussi une grande marge de manoeuvre comme nous allons le voir.

---

<sup>785</sup> Voir pour les droits nationaux l'article 1494 du N.C.P.C. français, l'article 182 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [(1988) Rev. arb. 51-66] dont le chapitre 12 régit l'arbitrage international, l'article 1693 du Code judiciaire belge (Moniteur belge du 8 Août 1972), l'article 1036 de la loi néerlandaise sur l'arbitrage entrée en vigueur en 1986 [(1988) Rev. arb. 209], pour le droit allemand le rapport de Ottoardnt Glossner dans Sanders International Handbook On Commercial Arbitration, Boston, Kluwer, 1984 p.1, à la p. 32 du même document pour le droit anglais, les articles 940 et 944.1 C.p.c. du Québec etc... pour les documents internationaux, l'article V.1.d) de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, l'article 4 de la Convention européenne sur l'arbitrage international (signée à Genève le 21 avril 1961), l'article 3 de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (signée au Panama le 30 janvier 1975), l'article 11 du règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce International etc...

<sup>786</sup> Ibid.

Étant entendu que le fond du litige consiste ici dans l'adaptation du prix, dans la question de savoir s'il y a lieu de revoir le prix? et dans l'affirmative quelle modification apporter? Il ne s'agit pas ici de rechercher le droit applicable au fond pour déterminer si celui-ci permet ou non à l'arbitre d'adapter le prix de la vente. Les parties ayant choisi de recourir à l'arbitre par le biais d'une clause de *hardship*, elles lui ont nécessairement et expressément donné le pouvoir d'adapter le prix figurant dans leur contrat. Et ce pouvoir sera exercé si les parties échouent dans leurs négociations. Il reste que dans la mise en oeuvre de ce pouvoir, des difficultés peuvent surgir autour de points de droit tels la validité des indices sur lesquels l'arbitre se sera appuyé pour fixer le nouveau prix, le décalage du nouveau prix par rapport à celui du marché, l'impact de ce prix sur le déséquilibre à corriger etc...C'est pour l'aplanissement de ces difficultés qui peuvent surgir à tout moment, qu'il est bon de savoir sur quel droit l'arbitre devra se baser. Ainsi se justifie la recherche du droit applicable au fond du litige en cas de silence des parties.

## **1 Les différentes méthodes possibles de détermination du droit applicable au fond du litige.**

### **1.1 Le système de référence au «for» arbitral.**

Ce système connut son heure de gloire dans la résolution adoptée par l'institut de droit international, sur rapport de Sauser Hall en 1957 à Amsterdam<sup>787</sup>. L'article 11 de cette résolution énonce que:

---

<sup>787</sup> (1957) Annuaire de l'Institut, p. 479 et s.

«Les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige»<sup>788</sup>.

Même si Sauser Hall a tenu à préciser que l'arbitrage est une institution mixte, contractuelle par sa source mais juridictionnelle par sa mise en oeuvre<sup>789</sup>, il n'en demeure pas moins que tout en laissant aux parties la faculté de choisir la loi applicable au fond, il subordonne l'efficacité de ce choix à sa compatibilité avec le système de conflit du for<sup>790</sup>.

Cela résulte de l'article 11 al.2 de son rapport précité, en ces termes:

«Dans les limites de cette loi, les arbitres appliquent la choisie par les parties ou, à défaut d'indication expresse de celles-ci, déterminent quelle est la volonté des parties à cet égard en considérant toutes les circonstances de la cause»<sup>791</sup>.

Sur ce point, Goldman n'a pas manqué de critiquer Sauser Hall<sup>792</sup>. Ainsi a-t-il fait valoir que le tribunal arbitral peut ne pas être désigné, ou alors, il peut exister plusieurs sièges arbitraux, les arbitres s'étant successivement réunis en plusieurs pays. Il peut même n'exister aucun siège, les arbitres s'étant réunis par correspondance.

---

<sup>788</sup> Ibid.

<sup>789</sup> Goldman, «L'arbitre, les conflits de loi et la lex mercatoria», dans Actes du 1er colloque sur l'arbitrage commercial international, Québec, Sainte-Foy, Faculté de droit de l'Université Laval, Wilson et Lafleur, 1986, p. 110; du même auteur, «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé» (1963) II Rec. des cours, p. 371 et s.

<sup>790</sup> Ibid.

<sup>791</sup> Ibid.

<sup>792</sup> Goldman, «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé», supra note 789.

Certes la résolution d'Amsterdam a tenté de remédier à ces difficultés<sup>793</sup> mais, pour Goldman, toute présomption de lien entre la volonté des parties et les solutions législatives découlant du siège est déraisonnable surtout que dans bien des cas, le droit du pays de l'arbitrage n'a aucun lien avec l'objet du litige ou alors le choix du lieu correspond simplement à des convenances personnelles, ou encore le lieu d'arbitrage correspond à un choix «neutre» effectué par l'institution d'arbitrage désignée par les parties, ou par les parties elles-mêmes<sup>794</sup>. C'est dire que la localisation peut n'être que purement géographique. Un autre système est celui de la méthode cumulative.

## 1.2 La méthode cumulative.

Yves Derains l'a défini comme un système dans lequel:

«l'arbitre examine tour à tour les règles de conflit proposées par les différents systèmes juridiques nationaux en contact avec le litige qui lui est soumis. Constatant à cette occasion que ces règles convergent vers une loi unique, il déclare cette dernière compétente»<sup>795</sup>.

---

<sup>793</sup> Le rapport prévoit la possibilité pour les arbitres de fixer le siège arbitral en présumant que ce pouvoir leur aurait été confié par les parties. L'article 2 du rapport détermine le siège considéré comme unique lorsqu'il y en a eu plusieurs ou lorsque l'arbitrage a eu lieu par correspondance, Goldman, supra note 789, p. 372.

<sup>794</sup> Ibid.

<sup>795</sup> Y. Derains, «L'application cumulative par l'arbitre de systèmes de conflit de lois intéressés au litige», (1972) Rev. arb., p. 103; Fouchard, «L'arbitrage commercial international», supra note 202, p. 361; De Boisseson, supra note 668, p. 582-583.

Il s'agit pour l'arbitre de comparer et opter pour des groupes d'indices de rattachement assez convergents pour conduire à une décision qui soit fondée<sup>796</sup>. Certains l'ont pour cette raison traité de législateur pour les parties<sup>797</sup>. Dans cette méthode, l'arbitre ne choisit pas entre les lois matérielles de ces pays. Il constate que seuls ces pays ont un lien avec le litige et que par conséquent, ce sont leurs systèmes de rattachement qui ont vocation à s'appliquer<sup>798</sup>. Le système de la méthode conflictuelle ne risque pas de conduire à un cercle vicieux car l'arbitre aura cherché à savoir s'il existe:

«une convergence entre les rattachements et surtout entre les résultats de ces rattachements dans les systèmes des divers pays avec lesquels le litige entretient *prima facie*, un lien qui justifie que l'on consulte leurs règles de rattachement, sinon que l'on s'y réfère nécessairement, et encore moins exclusivement»<sup>799</sup>.

Il y a donc de fortes chances que la solution à laquelle aboutira l'arbitre corresponde aux attentes des parties<sup>800</sup>. En fait le reproche majeur qu'on peut faire à cette méthode est qu'elle ne résisterait pas à l'hypothèse où la comparaison des systèmes ne débouchent sur aucune convergence quant à la loi applicable<sup>801</sup>.

---

<sup>796</sup> De Boissezon, *supra* note 668, p. 583.

<sup>797</sup> *Ibid.*

<sup>798</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>799</sup> Goldman, *supra* note 789, p. 113.

<sup>800</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>801</sup> *Ibid.*

Ce ne serait pas pour autant une impasse car alors l'arbitre pourra sélectionner la règle la plus appropriée<sup>802</sup>. Enfin il existe le système de la désignation directe du droit applicable.

### **1.3 Le système de la désignation directe du droit applicable: La voie directe.**

C'est la méthode qui consiste pour l'arbitre à désigner directement le droit applicable, sans indiquer la règle de conflit qu'il a utilisée à cette fin<sup>803</sup>. Telles sont donc théoriquement les méthodes de détermination du droit applicable au fond du litige. Qu'en est-il du droit positif, quelle est la marge de manoeuvre de l'arbitre?

## **2 Le droit positif.**

L'arbitre peut, dans le silence des parties sur le droit applicable, utiliser l'une quelconque des méthodes précitées. Ainsi dans la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire no. 3880, c'est la méthode de la *voie directe* qui a été retenue. Le tribunal siégeant à Bâle (Suisse), était saisi par l'acheteur belge (A), des difficultés l'opposant à une autre entreprise belge venderesse (B) relativement à un contrat de livraison de chaussures. La partie (B) avait à son tour conclu un contrat avec un fournisseur roumain (C) qui prévoyait la livraison par (C) à (B) des chaussures que (B) s'était engagé à vendre à (A).

---

<sup>802</sup> De Boisseson, Supra note 668, p. 604.

<sup>803</sup> De Boisseson, supra, note 668, p. 583, Goldman, supra note 789, p. 117. Ce dernier précise qu'il ne peut s'agir avec cette méthode que de la référence à un système autonome et transnational de rattachement, puisque toute mention d'un système national est expressément ou implicitement rejetée (Ibid., p. 118).



La demanderesse (A) reprochait à la défenderesse des retards de livraisons et la non-conformité des produits au contrat. Sur le droit applicable, l'arbitre statua comme suit:

«Attendu qu'il convient d'appliquer le droit belge au contrat des parties; qu'en effet, sans qu'il soit nécessaire d'établir quel droit international privé serait applicable au contrat de vente à défaut d'une désignation de celle-ci par les parties, il suffit de constater que tous les éléments généralement discutés en matière de vente se situent en l'espèce en Belgique: les sièges du vendeur et de l'acheteur, le lieu de l'exécution du contrat et le lieu de conclusion du contrat»<sup>804</sup>.

L'arbitre a ici usé de la «voie directe» puisqu'il ne dit pas quel droit international privé l'a conduit à la solution. Il reste qu'il ne fait pas abstraction des indices pertinents constituant l'environnement du contrat que sont le lieu d'exécution du contrat, son lieu de conclusion, la localisation du vendeur et de l'acheteur, etc. C'est dire que la «voie directe» ne saurait traiter le contrat et le litige en découlant au mépris de leur environnement juridique. Cette méthode évite simplement à l'arbitre d'établir quel droit international privé il suit. L'arbitre jouit donc ici d'un pouvoir souverain et discrétionnaire. Seulement, il s'efforcera «dans l'exercice de ce pouvoir [...] de ne pas surprendre les parties, bref, de se prononcer si possible, en faveur de la «proper law of the contract»»<sup>805</sup>. Il faut donc, quand bien même il n'est pas tenu de dire quelle règle de conflit lui sert d'appui, que l'arbitre applique le droit qui respecte davantage la volonté implicite des parties.

---

<sup>804</sup> (1983) *Clunet*, 897; voir dans le même sens, la sentence C.C.I. no. 4381 (1986) *Clunet*, 1102 et ss.

<sup>805</sup> De Boisseson, *supra* note 668, p. 602.

À notre avis, la «proper law of the contract» jouit de cette caractéristique. L'arbitre dans la sentence C.C.I. no. 1512<sup>806</sup> ne nous contredirait pas, lui qui dans cette affaire concernant l'inexécution par une banque pakistanaise d'une garantie en faveur d'une banque indienne affirmait:

«Il y a peu de principe plus universellement admis en droit international privé que celui exprimé par l'expression courante «proper law of the contract» selon lequel la loi régissant le contrat est celle qui a été choisie par les parties, soit expressément, soit (avec certaines différences ou nuances selon les divers systèmes) tacitement [...]. En matière contractuelle, la doctrine de la «proper law of the contract» est reconnue comme une règle de conflit de loi anglaise non discutée, et par des systèmes de droit international privé similaires (tels ceux du Pakistan et de l'Inde). La même chose est vraie dans le système de conflit de loi suisse...»<sup>807</sup>.

En définitive, l'arbitre qui dans le silence des parties opte pour la méthode de la voie directe, doit avoir à l'esprit que la discrétion, la souveraineté qui lui est reconnue dans la détermination du droit applicable n'est pas sans limite. Il devra dans l'exercice de sa liberté s'attacher à désigner comme droit applicable celui qui est davantage lié à l'économie du contrat, c'est-à-dire le droit le plus approprié. C'est la recherche de cet équilibre qui doit lui servir de phare<sup>808</sup>.

---

<sup>806</sup> (1974) *Clunet*, 905 et ss.

<sup>807</sup> *Ibid.*

<sup>808</sup> De Boisseson, *supra* note 668, p. 603.

D'autres sentences ont préféré user de l'*application cumulative des systèmes de conflit de lois intéressés au litige*. On peut citer en guise d'exemple la sentence C.C.I. no. 2730<sup>809</sup>. Cette méthode dont nous avons précédemment fait l'exposé peut s'avérer très utile pour l'arbitre. Il en sera ainsi par exemple, si les parties n'ont dévoilé aucune intention, ou qu'elles ne parviennent pas à s'accorder sur le droit applicable au fond du litige. Ainsi dans l'affaire no. 2730<sup>810</sup>, deux entreprises yougoslaves A et B avaient conclu avec deux sociétés d'un même groupe, X Hollande et X Suisse un ensemble de contrats mettant en place:

- L'importation par les entreprises yougoslaves de produits de consommation vendus par le groupe X et financés par un crédit ouvert par une banque yougoslave,
- L'exportation par les entreprises yougoslaves de produits de base.

Cependant, un autre contrat précisait que l'exportation de produits de base était fictive et n'avait d'autre objet que de permettre à A d'obtenir un crédit auprès d'une banque yougoslave pour l'acquisition des produits de consommation.

Il était convenu que tous les articles des contrats constituaient un ensemble indivisible que les entreprises exécuteraient dans sa totalité. A et B plaidaient qu'une analyse faite au regard du droit international privé français menait à l'application du droit suisse. Là dessus, les arbitres ont d'abord rappelé:

«qu'en cette matière, la doctrine actuelle la plus autorisée et la jurisprudence arbitrale internationale admettent que l'arbitre peut écarter dans la détermination du droit

---

<sup>809</sup> (1984) *Clunet*, 914 et ss.

<sup>810</sup> *Ibid.*

matériel, l'application des règles de conflit du for»<sup>811</sup>, pour ensuite préciser que:«le tribunal jouit [...] d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix du droit applicable, voir d'un pouvoir discrétionnaire et s'il peut se référer aux différents systèmes de conflit de loi à sa disposition, il n'est nullement obligé de donner préférence à l'un plutôt qu'à l'autre»<sup>812</sup>.

Cela dit, les arbitres se sont livrés à l'examen des points de rattachement des différentes opérations convenues entre les parties tout en soulignant l'accord de celles-ci pour que les relations contractuelles soient régies par une seule loi. Ils en ont déduit que:

«le point de rattachement avec la suisse, éventuellement avec la Hollande, apparaît donc comme relativement accidentel. Dès lors, le tribunal arbitral constate que l'ensemble des contrats qu'il doit examiner ont indiscutablement des liens étroits, voire très étroits, avec la yougoslavie et qu'une seule loi devant s'appliquer à l'ensemble des obligations contractuelles des parties, le rattachement à la loi yougoslave l'emporte sans discussions»<sup>813</sup>

Il apparaît donc que les arbitres ont comparé les résultats auxquels mènent les différents systèmes du droit international privé «intéressés» au litige.

---

<sup>811</sup> Ibid., p. 915.

<sup>812</sup> Ibid.

<sup>813</sup> Ibid.

Constatant que ces systèmes dégagent une convergence, ils ont choisi de rattacher le contrat à un des droits en concours, en l'occurrence, celui avec lequel le lien était plus étroit<sup>814</sup>. En vérité, l'examen des divers critères de rattachement conduisait au même résultat. Il s'agissait des «liens les plus étroits du contrat avec un pays déterminé» pour la Suisse; le «lieu d'exécution de la prestation caractéristique» pour la France; le «centre de gravité du contrat» pour l'Allemagne<sup>815</sup>. Il faut souligner que l'analyse des sentences adoptant cette méthode révèle deux approches. Celles de certains arbitres qui prennent en compte le for arbitral d'une part, et de l'autre, celle des arbitres qui s'en tiennent exclusivement aux règles de conflit des pays ayant un point de contact avec l'objet du litige. Pour ces derniers, seuls ces pays constituent la communauté d'Etats susceptibles de reconnaître à la loi une compétence internationale. C'est dans cette tendance qu'il faut inscrire la sentence C.C.I.<sup>816</sup>.

Les parties en conflit étaient respectivement de nationalité italienne et espagnole. Leur contrat qui fut signé en Italie avait reçu exécution en Espagne. C'est d'ailleurs dans ce pays que les faits incriminés s'étaient produits. C'est dire qu'avec ces deux pays, le contrat avait des liens.

Pour déterminer le droit applicable au fond du litige, l'arbitre s'est d'abord livré à l'examen de la règle de conflit italienne dans les termes suivants:

---

<sup>814</sup> Voir dans le même sens la sentence C.C.I. no. 2096 où le tribunal arbitral, après avoir découvert la loi compétente grâce aux règles de conflit du for arbitral, souligne que dans un arbitrage international, il est opportun de « consulter également les règles de conflit avec lesquels le litige a des points de contact », Yves Derains, «L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige», *supra* note 795, p. 114.

<sup>815</sup> *Ibid.*; voir sur la même sentence, De Boisseson, *supra* note 668, p. 604.

<sup>816</sup> Derains, *supra* note 795, p. 105.

«Il faut relever...que la règle de conflit contenue à l'alinéa 2 de l'article 25 des dispositions préliminaires du Code italien... attribue la compétence pour régir les obligations non-contractuelles à la loi du lieu où sont survenus les faits dont ces obligations dérivent»<sup>817</sup>.

Puis, il se penche sur le système de conflit espagnol:

«Cette solution est également conforme aux principes généraux du droit international privé de l'Espagne. Or si la défenderesse devait être convaincue de concurrence déloyale, ce serait sur la base de faits qui se seraient produits en Espagne et la situation devrait être appréciée conformément aux dispositions de la loi espagnole sur ce sujet»<sup>818</sup>.

Cependant, bien que le lieu de l'arbitrage ait été fixé à Paris, l'arbitre n'a pas moins passé sous silence les règles de conflit françaises, c'est-à-dire, celles du «for» dont, du reste, les solutions auraient abouti au même résultat<sup>819</sup>. Toujours dans la même tendance, on peut citer la sentence C.C.I. no. 1759<sup>820</sup>. Ici le litige était relatif à une licence d'exploitation de brevet concédée par un français à une société anglaise pour l'ensemble du *commonwealth* et du continent sud-américain.

Le concessionnaire avait de plus, le droit de vendre des produits ainsi fabriqués dans divers pays européens, au Moyen-Orient et en Extrême-Orient. Bien que conclu en France, le contrat disposait qu'il était régi par la loi anglaise.

---

<sup>817</sup> Ibid.

<sup>818</sup> Ibid.

<sup>819</sup> Ibid., p. 105-106.

<sup>820</sup> Ibid., p. 106.

Pour décider de la compétence de la loi anglaise, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté des parties, l'arbitre qui statue à Bruxelles, s'appuie dans un premier temps sur le droit international privé français pour ensuite dire (après les avoir examinées) que les règles de conflit de lois anglaises l'invitent à appliquer le même droit interne, le droit anglais dont il considère le choix par les parties comme «ni déraisonnable ni dépourvu de lien réel avec le contenu contrat»<sup>821</sup>. Cela dit, l'arbitre a passé sous silence les règles de conflit de la Belgique, pays où était situé le for arbitral et dont « les règles avaient également accepté la compétence de la loi anglaise»<sup>822</sup>. Cette sentence montre également que la méthode de l'analyse cumulative des systèmes de conflit a sa place même dans les cas où les parties ont désigné la loi applicable. L'arbitre l'utilisant alors pour conforter le choix des parties<sup>823</sup>. À l'inverse de cette tendance d'autres arbitres prennent en considération les règles de conflit du «for». Derains décrit leur démarche comme suit:

«Désireux de rendre une sentence ayant la valeur de sentence interne de l'Etat où ils siègent, ces arbitres commencent par se référer au système de conflit de ce pays. Ce n'est qu'ensuite qu'il passe au stade de la vérification de la vocation internationale relative de la loi déterminée par cette règle de conflit interne. Or dans cette seconde phase, leur démarche se confond avec l'attitude des arbitres de la première tendance, puisqu'ils examinent les systèmes de conflits des pays en contact avec l'objet du litige. Il semble finalement qu'alors qu'une partie des arbitres recherchent de façon immédiate le point de convergence des systèmes intéressés à l'objet du

---

<sup>821</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>822</sup> Derains, *supra* note 795, p. 107.

<sup>823</sup> De Boisseson, *supra* note 668, p. 663.

litige, l'autre partie accepte la règle de conflit du «for» arbitral sous bénéfice d'inventaire»<sup>824</sup>.

La sentence C.C.I. no. 1689<sup>825</sup> participe de cette tendance. Le tribunal arbitral y a d'ailleurs rappelé que, «la question de la loi applicable n'est pas une question de procédure<sup>826</sup>. Les arbitres peuvent tout autant retenir comme droit applicable la *lex mercatoria*.

Ici également, le principe de base est celui de l'autonomie de la volonté. Il en est ainsi aussi bien suivant les documents internationaux<sup>827</sup> que pour les droits nationaux<sup>828</sup>. Dans le silence des parties, la marge de manoeuvre de l'arbitre est grande, il lui revient de dégager suivant la méthode qu'il juge appropriée, le droit applicable au fond<sup>829</sup>. C'est dire qu'il peut faire usage de l'une quelconques des méthodes que nous venons de présenter.

---

<sup>824</sup> Ibid., p. 114.

<sup>825</sup> Ibid., p. 107.

<sup>826</sup> Ibid.

<sup>827</sup> Voir l'article V.1 de la Convention de New York de 1958, l'article 7.1 de la Convention de Genève du 21 avril 1961, l'article 13.3 du règlement d'arbitrage de la C.C.I., l'article 33.1 du règlement de la C.N.U.D.C.I., voir également Goldman, «L'arbitre, les conflits de loi et la *lex mercatoria*», supra note 789, p. 110 et s.

<sup>828</sup> Voir l'article 1496 N.C.P.C. français, l'article 1054 de la loi néerlandaise sur l'arbitrage international, l'article 187 de la loi suisse sur l'arbitrage international (L.D.I.P.), l'article 944.10 du C.p.c. (Québec), voir également dans Sanders International Handbook on Commercial Arbitration, supra note 277, le rapport de Matray sur le droit belge à la page 17, pour le droit allemand le rapport de O. Glossner dans le même ouvrage (Supp. 17, 1994) à la page 15, le rapport de Holtzman sur le droit américain dans le même ouvrage (Supp. 13 1992) à la page 28, Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, supra note 656, p. 71 etc...

<sup>829</sup> Supra note 789 et 628.



Plus encore, la liberté des parties de déterminer le droit applicable au fond et le cas échéant, celle de l'arbitre d'en faire autant, s'étend à la possibilité pour ces derniers de porter leur choix sur la *lex mercatoria* dont l'existence est reconnue par la jurisprudence arbitrale internationale<sup>830</sup>, même s'il est vrai que cette existence fait l'objet d'une vive controverse<sup>831</sup>. À propos des règles nationales Goldman<sup>832</sup> faisait remarquer:

«On constate, chaque jour davantage, que ces relations paraissent échapper à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation des Etats qui y ont adhéré, pour être aménagées et gouvernées selon des normes d'origine professionnelle, ou des règles coutumières et des principes que des sentences arbitrales révèlent, à moins qu'elles ne les élaborent»<sup>833</sup>.

---

<sup>830</sup> Voir la sentence C.C.I. no. 2375 (1976), 974 où les arbitres ont déclaré qu'ils faut reconnaître l'autonomie de la communauté internationale des commerçants obéissant dans ses rapports mutuels à des règles propres», dans le même sens la sentence C.C.I. no. 2291 (1972) *Rev. arb.*, p. 103 et ss et bien d'autres publiées par la C.C.I.

<sup>831</sup> Voir pour ceux qui rejettent l'existence de la *lex mercatoria*, Wilhelm Wengler «Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat» (1982) *R.C.D.I.P.*, 476 et s., Kassis, «L'arbitre, les conflits de loi et la *lex mercatoria*» dans Antaki et Prujiner *L'arbitrage commercial international*, Wilson et Lafleur, Université Laval, Faculté de droit, 1986, p. 133, Mann, «Lex Facit Arbitrium» dans *International Commercial Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, Peter Sanders éd., 1967, p. 159, Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration*, Londres, Butterworths, 1982, p. 71, etc...*Pour ceux qui défendent l'existence de la lex mercatoria*, voir Goldman, «La lex mercatoria dans les contrats et les arbitrages internationaux: réalités et perspectives» (1979) *Clunet*, 487, Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, no. 576, Derains, «Statut et usages du commerce international devant les juridictions arbitrales» (1973) *Rev. arb.*, p. 123, Jean Robert, *L'arbitrage droit interne droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1983, p. 286, Lalive, «Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», (1976) *Rev. arb.* 155 et ss., Kahn, «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», (1989) *Clunet* 30, Loquin, «L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international: l'apport de la jurisprudence arbitrale», *Dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales*, Paris, C.C.I., 1986, p. 67 et ss.

<sup>832</sup> (1964) *Archives de philosophie du droit*, p. 177.

<sup>833</sup> *Ibid.*, p. 177.

Il soutient qu'il faut voir dans le fait que les parties contractantes se refusent de choisir une loi étatique pour régir leurs rapports, ou l'écartent expressément, une volonté future confuse d'inviter l'arbitre saisi de leur litige à placer leur contrat «dans le cadre de normes générales, mais pensent aussi que ces normes peuvent être trouvées dans le droit professionnel, dans les usages ou dans les principes généraux dépassant les frontières nationales»<sup>834</sup>, le tout formant la *lex mercatoria*, c'est-à-dire «un ensemble de principes, d'institutions et de règles puisées à toutes les sources qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs de commerce international»<sup>835</sup>. On s'aperçoit que la *lex mercatoria* englobe aussi bien les principes généraux du droit et les usages du commerce international parfois regroupés sous l'appellation des règles nationales<sup>836</sup>. Quoiqu'il en soit, le droit positif (les droits nationaux et la jurisprudence arbitrale internationale) applique ces usages et principes généraux du droit international relatifs au «monde» des opérateurs du commerce international comme une source de droit, de normes juridiques à part entière. Et pour les parties à un contrat de commerce international, c'est le plus important, du moins ce dont nous souhaitons qu'elles soient parfaitement conscientes. On ne peut cependant affirmer que suivant la *lex mercatoria*, un arbitre peut procéder à l'adaptation du contrat en l'absence de clause<sup>837</sup>.

---

<sup>834</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>835</sup> Goldman, «La *lex mercatoria* dans les contrats et les arbitrages internationaux: réalités et perspectives», (1979) *Clunet*, 487.

<sup>836</sup> De Boisseson, *supra* note 668, p. 610 et ss.

<sup>837</sup> Paulsson, «La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I.», (1990) *Rev. arb.* 82 et ss.

Aussi en prévoyant une clause de *hardship*, les parties se seront données la latitude juridique d'éviter que leur incapacité à s'accorder sur l'adaptation du contrat (du prix pour être plus précis) ne conduise à un blocage. Cette porte de sortie consiste dans l'arbitrage (forcée). Il ne s'agit donc pas de s'interroger sur le pouvoir d'adapter de l'arbitre. Pouvoir qu'il a nécessairement par le truchement de la clause de *hardship* l'autorisant à adapter le contrat. Il lui reste seulement à l'exercer. Et c'est alors qu'apparaît la pertinence de se demander sur quel droit il s'appuiera pour fournir le modèle d'adaptation attendu par les parties. De là un certain nombre d'hypothèses. Soit les parties ont déterminé le droit applicable à la procédure et au fond, et l'arbitre en fera application, s'y appuiera pour accomplir sa mission. Soit les parties sont restées silencieuses sur la détermination de ce droit. En ce cas, pour ce qui est de la procédure, c'est d'une manière générale à l'arbitre qu'il revient de conduire la procédure comme il juge approprié de le faire. Pour ce qui est du fond, l'arbitre appliquera le droit qu'il aura jugé approprié. Ce peut alors être l'application «directe» d'un droit matériel ce qui peut se résumer à la *lex mercatoria*. Il peut aussi passer par la règle de conflit de son choix pour désigner le droit applicable en question. L'arbitre international a pour ainsi dire une considérable marge de manoeuvre, cependant limitée, par le fait qu'il doit s'attacher à ne pas surprendre les parties. C'est-à-dire retenir autant que possible le droit qui est le plus en adéquation avec l'objet du litige c'est-à-dire l'objet de l'arbitrage. Et c'est le droit (la règle de droit) ainsi désigné au fond qui fournira à l'arbitre le cadre juridique devant présider à la réalisation de l'adaptation entendue de lui. Ce qui en pratique couvre des éléments tels le choix et l'appréciation des indices, les standards auxquels confronter le nouveau prix que l'arbitre se propose de retenir etc... Il importe donc pour les parties d'en être conscientes.

En déterminant elles-mêmes le droit applicable, elles pourraient minimiser les risques d'imprévisibilité (si elles ne se contentent pas de référer à une règle de conflit). En demeurant silencieuses, elles s'en remettent à la science et à la sagesse de l'arbitre. Le résultat n'est pas moins imprévisible vu la grande marge de manoeuvre de l'arbitre. En revanche l'expertise de ce dernier pourrait aider grandement l'*exequatur* de la sentence. Ce sont toutes ces raisons qui font que, l'étude de la question du droit applicable à l'arbitrage (l'objet de l'arbitrage consistant ici dans l'adaptation du contrat) ne pouvait point être occultée. Il faut rappeler ici que le tiers devant adapter le contrat peut être un juge. Dès lors, dans le silence des parties, c'est à son son droit procédural et à son droit international privé qu'il fera appel, pour arrêter le droit applicable à sa mission (procédure et fond). Il ne procédera pas comme il juge approprié de le faire. C'est dire, que le juge a moins de marge de manoeuvre que l'arbitre.

### **Chapitre III Le contrôle de la mission d'adaptation confiée à l'arbitre.**

Rappelons que l'objet de l'adaptation dont il est ici question, est de réintroduire dans le contrat l'équilibre des prestations. L'arbitre auquel les parties confient cette mission doit s'y tenir strictement. On peut ne pas douter que ce dernier en respectera les limites. Les parties n'ont pas pour autant moins le droit de chercher à s'en assurer. Et cela, aussi bien le droit international que les droits internes le comprennent. Les normes relatives au contrôle de la sentence arbitrale qu'ils ont élaborées l'attestent. En somme le contrôle de l'arbitre dans la mise en oeuvre de sa mission est une nécessité. Ainsi, dans les lignes qui vont suivre, nous allons au travers du droit international et de quelques droits internes, faire ressortir des paramètres qui, s'ils sont observés, traduiraient la méconnaissance par l'arbitre des limites de sa mission ainsi que de la manière de la conduire. Ce qui pourrait alors mener à l'annulation de sa décision. Nous suggérons donc de surveiller étroitement son intervention sur deux points qui relèvent de la régularité de la sentence: le respect du droit des parties à se faire entendre et à se défendre (le principe du contradictoire); le respect par l'arbitre des limites de sa mission (la question de l'excès de pouvoir). Il est bon de se souvenir de ce que la mission de l'arbitre telle qu'appréhendée dans cette thèse, tient dans la clause d'adaptation. Encore faut-il qu'il respecte scrupuleusement les frontières d'une telle mission. C'est dire que la sentence arbitrale doit être respectueuse de ces différents principes. Ce qui suppose d'une part que les parties auront été mises en situation de pouvoir se défendre et, de l'autre, que l'arbitre aura eu soin de respecter les limites de sa mission. Mission pour la réalisation de laquelle l'arbitre procédera, oeuvrera comme il veut, dans les limites de ce que lui permet son pouvoir juridictionnel.

Ainsi par exemple, ses conclusions ne doivent pas entamer le contenu qualitatif des obligations en présence.

### **Section I Le principe du contradictoire.**

Les parties à un arbitrage doivent avoir confiance au processus dans son entier. Il ne faut pas que l'une d'entre elles se sente lésée par rapport à l'autre. Le sentiment de confiance doit exister à chaque étape de la procédure. Il passe par le respect du principe du contradictoire. Le droit international et les droits nationaux confirment cela. L'exigence du principe du contradictoire (*audi alteram partem*) figure solidement dans le droit international<sup>838</sup>. Ce qui suppose que la désignation même du ou des arbitres doit se faire dans le respect de la volonté de chacune des parties<sup>839</sup>. Le principe du contradictoire recouvre également l'intervention d'un expert dans la procédure d'arbitrage.

---

<sup>838</sup> Voir les articles V(6) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de New York (10 juin 1958), IX (b) de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de Genève (21 avril 1961), 52 (d) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI, du 18 mars 1965), 5 (b) de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama le 30 janvier 1975), 18 de la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, 16 de l'American Arbitration Association International Arbitration, 16 al.2 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international de Stockholm, 6 al. 1, 13.c, 15(4) du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. tel qu'en vigueur depuis le 1er janvier 1988 etc...

<sup>839</sup> Voir les articles 6 à 7 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I., l'article 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. (Nouveau Règlement de conciliation et Règlement d'arbitrage modifié en vigueur depuis le 1er janvier 1988), l'article 3 du Règlement d'arbitrage international de Londres (entré en vigueur le 1er janvier 1985) etc...

Ainsi s'il est généralement admis qu'en l'absence d'accord des parties, le tribunal est libre de désigner ou de ne pas désigner des experts<sup>840</sup>, l'arbitre ne saurait baser sa sentence sur l'opinion d'un expert sans que les parties aient eu la possibilité de contester cette opinion<sup>841</sup>. Exemple, dans une affaire jugée à New York, le litige avait pour objet des brochettes de bambous importées de la Chine à New York. Pour l'acheteur, la qualité en était défectueuse. Durant l'audience, les parties s'étaient dûment fait représenter et avaient produit des éléments de preuve détaillés. Par la suite et à l'insu des parties, l'arbitre fait procéder à une enquête par un vendeur du même type de brochettes sur le marché de New York. À partir des informations issues de cette enquête, l'arbitre conclut à la mauvaise qualité des brochettes et dit qu'on ne pourrait trouver pour elles aucun acheteur. Il fut jugé que le principe du contradictoire n'avait pas été respecté dans l'espèce<sup>842</sup>. Le respect de la volonté des parties n'est pas moins crucial au moment de la constitution du tribunal arbitral. Ainsi, en droit français où le principe d'imparité<sup>843</sup> se veut d'ordre public<sup>844</sup> il est important que le tribunal arbitral soit constitué dans le respect de la volonté commune des parties.

«La volonté de soumission d'un litige multilatéral à un tribunal unique ne peut résulter que d'une volonté commune des parties, expresse ou tacite, mais sans

---

<sup>840</sup> Voir A. Redfern and M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration London, Sweetand Maxwell, 1986 P. 256 et 257; De Boisseson, supra note 668, p. 247 et s.

<sup>841</sup> R. David, supra note 281, 1982, p. 416.

<sup>842</sup> Stefano Berizzi Co v. Kraws (1935), 239, N.Y. 315, 146 N.Y. 315, 146, N.E. 436.

<sup>843</sup> Egalement affirmé en droit québécois (article 941 C.p.c.).

<sup>844</sup> Voir l'article 1453 N.C.P.C., ainsi que Paris, 2 décembre 1983 (1983) Rev. arb. 107. Comparer Paris, 15 mai 1987, (1987) Rev. arb. 503 (note Zollinger) dans lequel la Cour d'appel de Paris a prononcé la nullité d'une convention d'arbitrage prévoyant deux arbitres avec adjonction d'un troisième seulement en cas de désaccord.

équivoque sur ce point, et, doit assurer le respect des principes d'égalité des parties et de libre exercice des droits de la défense»<sup>845</sup>.

Ainsi en cas de litige (ou à l'avance dans leur clause) les parties peuvent désigner leurs arbitres puis nommeront le troisième de commun accord, ou en laisseront le soin aux deux arbitres déjà nommés. S'il arrivait qu'une des parties défaille à nommer son arbitre, l'autre partie qui aurait déjà procédé à la nomination du sien, peut saisir le Président du tribunal de grande instance de Paris afin de solutionner la difficulté<sup>846</sup>. Comme le tiers peut être un juge et pas nécessairement un arbitre, il convient de préciser, qu'il est plus approprié de parler en ce cas de *saisine*. Les tribunaux judiciaires étant préconstitués. De sorte que contrairement à la mise en place du tribunal arbitral, la saisine du juge (le tribunal judiciaire) répond à une autre démarche. Elle peut résulter d'une clause d'élection de for ou se faire autrement. Il sera alors tenu compte des principes tels le contrôle judiciaire de la raisonnable du contact du tribunal avec la cause; de facteurs comme le domicile du défendeur, la localisation des biens, la localisation de la cause d'action, le lieu de la conclusion, etc. Relativement au principe du contradictoire, la Cour de cassation française par exemple a déjà précisé que le principe du respect des droits de la défense impose d'appeler les parties à faire valoir leurs prétentions devant l'ensemble du collège arbitral<sup>847</sup>.

---

<sup>845</sup> B.K.M.I. Lagen et Siemens c. Dutco, (1989) Rev. arb., p. 723 (Paris, 1er supplément), note Bellet.

<sup>846</sup> De Boisseson, supra note 668, p. 555-556; J. Robert, 1993, supra note 197, p. 125 et s.

<sup>847</sup> Société Filatis c. Lawrence and Co. Inc., (1979) Rev. arb., p. 366; Paris 13 mars 1973, (1973) Rev. Arb., p. 176.



C'est dire que le tribunal arbitral une fois régulièrement constitué doit s'abstenir de mener la procédure de manière inéquitable pour l'une quelconque des parties. Ainsi, en principe, le tribunal ne doit pas discuter dans sa sentence, le contenu d'une consultation non soumise à la discussion contradictoire des parties<sup>848</sup>. Mais la jurisprudence n'est pas toujours aussi exigeante. Elle a ainsi admis un témoignage de dernière minute<sup>849</sup>. Le principe du contradictoire veut également que les parties disposent d'un laps de temps suffisant pour organiser leur défense. Toutefois, lorsque le règlement d'arbitrage prévoit l'application de délais d'urgence, le temps accordé aux parties peut être plus court<sup>850</sup>. Il ne faut cependant pas croire que le principe du contradictoire impose à l'arbitre de répondre dans sa sentence à tous les arguments développés par chacune des parties dans leurs mémoires produits en cours d'instance. Il ne s'agirait pas d'une violation du principe de la contradiction énoncé dans les articles 14 à 17 du C.P.C. français, interdisant au juge de statuer sans avoir retenu ou appelé les parties et lui faisant obligation de ne retenir dans sa décision que les moyens, explications, documents débattus contradictoirement<sup>851</sup>.

---

<sup>848</sup> Société Sporprom Services B.V. c. Société Polyfrance Imo. (1984) Rev.arb., p. 87.

<sup>849</sup> Pakistan Atomic Energy Commission c. Société générale des techniques (inédit) cité par De Boissesson supra note 492, (note 176 *in fine*), à la p. 842.

<sup>850</sup> Ballyfree c. Société Britannia (inédit) cité par De Boissesson supra note 668 (note 186 *in fine*), à la p. 843.

<sup>851</sup> Société Z.O.P. et U.A.K.M. c. Société Food Technical Processing cité par De Boissesson, supra note 668, (note 192 *in fine*), à la p. 844.

Les arbitres peuvent faire appel à des experts pour un complément d'informations. À ce sujet, il faut dire qu'en l'absence de l'accord des parties, le tribunal est libre de désigner ou de ne pas désigner des experts puisque, lorsqu'il dispose d'éléments suffisants pour fonder sa conviction, l'arbitre n'a pas l'obligation de recourir à une expertise, et que son refus d'ordonner en pareil cas la mesure d'instruction sollicitée par une partie ne saurait constituer une atteinte aux droits de la défense<sup>852</sup>. Quoiqu'il en soit, le respect des droits de la défense (le principe du contradictoire) est une exigence juridique universelle. Ainsi, en dehors du droit français la retrouve-t-on dans le droit belge en l'article 1694 du Code judiciaire<sup>853</sup>, dans le droit hollandais<sup>854</sup>, dans le droit suisse<sup>855</sup>, dans le droit américain<sup>856</sup>, en droit québécois<sup>857</sup> etc... Appliqué à la question de l'adaptation du prix par le tiers, le principe du contradictoire signifie ici que les parties ont engagé des renégociations pour parvenir à adapter le prix contractuel. Elles ont échoué.

---

<sup>852</sup> Paris, 1re supp., 13 mai 1980, «Sté Air intergulf c. Seca» inédite, citée par De Boisseson, supra note 4668 (note *in fine* 182).

<sup>853</sup> Voir également Guy Horsmans, « Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage », (1992) Rev. arb., p. 19 et s.; J. Linsmeau, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », Répertoire pratique du droit belge, complément III, Bruxelles, Bruylant, 1990, no. 344.

<sup>854</sup> Article 1039 de la loi néerlandaise sur l'arbitrage ((1982) Rev. arb., p. 355).

<sup>855</sup> Les articles 190-191 (Roger Budin, « La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international » (1988) Rev. arb., p. 63).

<sup>856</sup> Voir l'article 10 (c) du Federal Arbitration Act. Voir également Laurent A Niddam, « L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis » ((1993) Rev. arb., p. 49).

<sup>857</sup> Voir l'article 946 C.p.c. : «[...] que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une toute autre raison de faire valoir ses moyens». Voir aussi la décision J.H. Dupuis du 12 mai 1987 (Montréal no. 500-09-000496-810 (C.A.) où la Cour soulignait au rang des motifs d'annulation d'une sentence arbitrale les «[...] erreurs portant sur des questions d'ordre public y compris les règles de justice naturelle ou régissant obligatoirement les arbitres dans l'exécution de leur fonction».

Ce qui veut dire que l'une d'entre elles a certainement exigé que le prix soit revu à la hausse alors que, l'autre prônait soit le *statu quo*, soit une réévaluation à la baisse. L'une et l'autre auraient probablement des arguments pour soutenir leurs prétentions respectives. Dans un processus arbitral, le tribunal arbitral devra permettre de façon équitable à chacune d'entre elles de faire valoir ces arguments. Il devra mettre l'une et l'autre des parties en mesure de pouvoir réagir aux arguments de l'autre. Cela ne peut que l'aider à réaliser sa mission d'adaptateur. S'il doit respecter le principe du contradictoire, l'arbitre (le juge) est également tenu de ne pas statuer *ultra petita*

## **Section II L'interdiction pour l'arbitre d'excéder ses pouvoirs: la question de l'*ultra petita*.**

Il s'agit là d'un autre cas d'ouverture de la nullité de la sentence arbitrale. C'est une des voies par lesquelles passe le contrôle des sentences étrangères. Ce cas d'ouverture est prévu par tous les textes majeurs au plan international. Il en est de même des droits nationaux.

### **1 L'excès de pouvoir et les textes internationaux.**

La règle de l'interdiction d'excéder son pouvoir fait l'objet de l'article V (c) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères(New York 1958):

«1 La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pay où la reconnaissance et l'exécution

sont demandées la preuve:[...],

c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées [...].».

La question de l'excès de pouvoir a également retenu l'attention des instruments internationaux<sup>858</sup>.

## 2 L'excès de pouvoir et les droits nationaux.

En France, le moyen tiré de l'excès de pouvoir loge en l'article 1502-3 N.C.P.C. qui permet d'appeler de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution «si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui été conférée». En droit suisse, c'est l'article 190 de la loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P. du 18 décembre 1987) qui est le texte déterminant:

«1) Une sentence est définitive dès sa communication  
2 Elle ne peut être attaquée que:  
[...]c) Lorsque le tribunal a statué au delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs».

---

<sup>858</sup> Voir les articles IX (c) de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 21 avril 1961), 52 (b) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (C.I.R.D.I.) ouverte à la signature à Washington, le 18 mars 1965, 5 (c), 34iii de la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, 5 (c) de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage international (Panama 1975).

En droit néerlandais, c'est l'article 1065 de la loi sur l'arbitrage qui est le texte à consulter. Tel est son libellé:

- «1) L'annulation ne peut avoir lieu que pour un ou plusieurs des motifs suivants: [...]
- c) Le tribunal ne s'est pas conformé à sa mission».

C'est en son article 1704-2 al. d et e du Code judiciaire que le droit belge traite de l'excès de compétence en matière d'arbitrage:

- «Une sentence arbitrale ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance que par la voie de l'annulation et ne peut être annulée que dans les cas énumérés au présent article.
- 2 La sentence ne peut être annulée que [...]
- d) si le tribunal arbitral a excédé sa compétence ou ses pouvoirs.
- e) si le tribunal a omis de statuer sur un ou plusieurs points du litige et si les points omis ne peuvent être dissociés des points sur lesquels il a été statué».<sup>859</sup>

Quant au droit québécois, l'article 946.4 (4) est le texte pertinent:

- «Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi:
- [...]
- 4) que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes; [...]

---

<sup>859</sup> Pour le droit italien se reporter à l'article 829 du Code procédure civile (Inter Handbook on Commercial Arbitration supra 585 supp. 3, 1985) et à l'article 10 du Federal Arbitration Act pour le droit américain etc...

Comme nous venons de l'établir, le principe qui veut que l'arbitre n'excède pas ses pouvoirs est largement considéré comme donnant ouverture à l'annulation de la sentence, s'il est enfreint. C'est donc l'un des points sur lesquels doit porter le contrôle de la mission de l'arbitre. En l'occurrence celui à qui les parties ont confié le soin de procéder à l'adaptation de leur contrat (plus précisément le prix). Cela précisé, en quoi consiste l'excès de pouvoirs?

### 2.1 La signification du principe.

Il convient d'emblée de souligner que l'appréciation de l'excès ou non des pouvoirs concerne, autant le fond du litige que les règles de procédure dans l'hypothèse où les parties en ont prévues. Lorsque les parties s'adressent à un arbitre, c'est pour l'inviter à trancher un litige sur des points précis. Un examen attentif des mémoires échangés par les parties ou le cas échéant de l'acte de mission arrêté au début de la procédure, permettra alors de mesurer jusqu'à quel point l'arbitre a agi à l'intérieur, des frontières qui lui ont été tracées. La problématique de l'excès de compétence (ou de pouvoirs) se dessine en fait autour de la chose non demandée d'une part et de l'*ultra petita* de l'autre. Dans le premier cas, la décision de l'arbitre ne repose sur aucune convention d'arbitrage alors que dans le deuxième cas l'arbitre aurait accordé, se serait prononcé au delà de ce qui lui est soumis. Ainsi, pour illustrer l'*ultra petita*, nous pouvons citer l'affaire Société Total Chine c. Sociétés E.M.H. et G.S.C. où la Cour d'appel de Paris a partiellement annulé une sentence au motif que l'arbitre avait fixé le point de départ des intérêts à une date différente de celle demandée par la société bénéficiaire de ces intérêts<sup>860</sup>.

---

<sup>860</sup> (1989) *Rev. arb.* p. 328, note Pellerin; Cass. civ., 9 février 1955 (1955) *Rev. Arb.*, p. 60; Cass. Com. 17 février 1954, (1954) *Rev. Arb.*, p. 93; J. Robert, *supra*, no. 244.

Dans cette affaire l'arbitre est allé plus loin que ce qui lui a été demandé. C'est donc une question d'étendue, de la portée de la décision de l'arbitre par rapport à ce qui lui a été soumis. L'essentiel est de faire preuve de circonspection dans la vérification de l'excès de compétence. En effet, l'arbitre peut commettre des erreurs qui ne conduiront pas nécessairement à l'annulation de la sentence. Ce sera le cas de la simple erreur de fait ou d'appréciation<sup>861</sup>. Il en va de même pour la simple erreur de droit<sup>862</sup>. Et c'est au fond ce qu'exprime l'article 951.1 du C.p.c.:

«Le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale ne peut examiner le fond du différend».

Il reste qu'il est difficilement concevable qu'une erreur déraisonnable ne soit pas contraire à l'ordre public. Or si l'erreur est contraire à l'ordre public, la demande de reconnaissance ou d'exécution risque d'être refusée<sup>863</sup>. Si nous mettons en relief l'impact juridique de l'erreur de fait et de l'erreur de droit, c'est pour mieux répondre à la question de savoir quel pourrait être la conséquence juridique de l'erreur sur la «frontière de l'adaptation»<sup>864</sup>. Une telle erreur est-elle constitutive de l'excès de compétence?

---

<sup>861</sup> David, *supra* note 281, p. 515.

<sup>862</sup> *Ibid.*, p. 518. Au Québec voir Exploration minière A-Prior-Inc. c. Ressources Etang d'or Ltée. [1988] R.D.J. 102 (C.S) qui va jusqu'à rejeter l'éventualité d'une intervention judiciaire dans le cas d'une erreur déraisonnable.

<sup>863</sup> Voir dans ce sens Prujiner, *supra* note 844, à la note 57 *in fine*.

<sup>864</sup> Prujiner, *Ibid.*, p. 441.

Comme l'a fait à juste titre remarquer Prujiner<sup>865</sup>, c'est une question qui :

«évoque nécessairement l'abondante jurisprudence qui porte sur le contrôle de la compétence des tribunaux administratifs et des arbitres de griefs en droit du travail, où les tribunaux ont établi une distinction entre l'erreur de droit ou de fait et l'erreur de juridiction. Une erreur qui porte sur l'interprétation ou l'application d'un texte qui est dans le champ de compétence d'un tribunal administratif ne peut pas donner ouverture à révision judiciaire»,

à moins d'être déraisonnable, c'est à dire «au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire»<sup>866</sup>. En revanche, une erreur juridictionnelle conduit à l'annulation de la sentence. C'est qu'elle porte sur une disposition attributive de compétence<sup>867</sup>; des dispositions qui décrivent ou limitent les pouvoirs des tribunaux<sup>868</sup>. Nous venons donc de voir que les erreurs de fait ou de droit (se situant dans le champ de compétence des tribunaux) ne peuvent en principe donner lieu à révision judiciaire. Il s'agit d'erreurs intrajudictionnelles. À l'inverse, une erreur portant sur la compétence même, sur la juridiction des tribunaux emporte annulation.

---

<sup>865</sup> Ibid.

<sup>866</sup> S.C.F.P., section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237.

<sup>867</sup> Prujiner, supra note 387, p. 444.

<sup>868</sup> Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail [1984] 2 R.C.S. 412 à la p. 420.



Pourquoi ne pas apprécier l'intervention de l'arbitre auquel les parties auront confié l'adaptation de leur contrat (en l'occurrence le prix) à l'aune d'une approche analogue? C'est ce que suggère Prujiner:

«Le respect de sa mission pourrait être examiné avec une distinction équivalente: une erreur de droit non déraisonnable dans le cadre de sa mission ne donnerait pas ouverture à révision, mais une erreur simple touchant à sa compétence devrait être sanctionnée par les tribunaux [...] Une distinction pourrait donc être faite en arbitrage civil entre les erreurs intrajuridictionnelles et les erreurs de compétence, celles-ci pouvant justifier une annulation (totale ou partielle) de la sentence que celles-là ne pourraient entraîner que lorsqu'elles sont manifestement déraisonnables»<sup>869</sup>.

C'est une proposition que nous soutenons. Les erreurs intrajuridictionnelles ne méconnaissent pas les frontières assignées au tribunal. C'est simplement la manière d'agir à l'intérieur de ces frontières qui est frappée par l'erreur (de droit ou de fait). Que cette erreur reste raisonnable et la décision qui en est entâchée ne devrait point être annulée. Inversément une erreur qui porterait sur les frontières assignées au tribunal ne saurait résister à l'annulation. En définitive donc, «l'arbitre qui dépasserait les limites de l'adaptation du contrat selon les critères fixés par les parties commettrait manifestement une erreur de compétence qui serait susceptible de sanction judiciaire, même en cas d'erreur tout à fait raisonnable»<sup>870</sup>.

---

<sup>869</sup> Prujiner, *supra* note 584, p. 445.

<sup>870</sup> *Ibid.*

L'arbitre devra donc se limiter à adapter le prix comme le lui ont demandé les parties. Il reste qu'en pratique, il n'est pas toujours facile d'user de ce critère distinctif. Pour s'en rendre compte, il suffit de se reporter à l'affaire Quintette<sup>871</sup>.

## 2.2 L'affaire Quintette, un exemple d'*ultra petita*?

Dans le souci de dépendre le moins possible du pétrole, les Japonais, grands consommateurs de charbon, ont entrepris de diversifier autant que possible leurs sources d'approvisionnement. C'est ainsi qu'entre autres régions du monde, ils se sont intéressés à l'ouest du Canada. Plus précisément à la Colombie Britannique où se trouvent les mines les plus importantes. Une immense opération financière et industrielle de plus d'un milliards de dollars canadiens a été montée pour, extraire et transporter du charbon jusqu'au port du Prince Rupert, lieu d'embarquement pour le Japon. Cette opération comprenait la construction d'une voie ferrée (dans une région très sauvage), l'agrandissement du port, la création d'une ville. Elle a été financée par le Gouvernement de la Colombie-Britannique, ainsi que par un consortium de cinquante six (56) banques et quelques compagnies. Pour commercialiser les matières premières objet de l'opération, une société, la *Quintette Coal* a été constituée.

---

<sup>871</sup> Pour les jugements de la Cour suprême et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui décrivent excellemment le processus arbitral, voir *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990, 47 B.C.L.R. (2d) 201 (S.C.) confirmé par 50 B.C.L.R. (2d) 207, [1991] 1 W. W. R. 219 (C.A.); Prujiner, *supra* note 584, P.-Y. Gauthier, «L'affaire Quintette devant les juges de la Colombie-Britannique: la clause de Hardship, invitation à l'*ultra petita*», (1991) *Rev. arb.*, 612; W. A. W. Neilson, «Price Adjustment in Long Term Supply Contracts: the Saga of the Quintette Coal Arbitration», (1991) 18 *Can. Bus. L.J.*, p. 76.

C'est dans ce contexte qu'en 1981 un Groupe de dix compagnies japonaises de l'acier ont conclu chacune avec la *Quintette Coal Ltd*, un contrat d'achat à long terme (15ans reconductibles), libellé en termes identiques. L'article 5 (clause définissant le prix) prévoyait comme prix de base au jour de l'entrée en vigueur du contrat, 75\$ la tonne (la production annuelle étant de 5 millions de tonnes). Ce prix de base se subdivise en deux éléments. Le premier, susceptible de fluctuer, correspondant aux différents coûts, dont le matériel, la main d'oeuvre etc. Il est à la charge du producteur. Quant au deuxième élément déclaré fixe par les parties, il correspond à une sorte de prix-plancher. Cet article 5 était accompagné par trois (3) autres clauses corrolaires dont deux clauses de *hardship*. Ainsi l'article 7 qui traite de la révision du prix pose:

«Le prix de base sera révisé dans les quatre (4) mois précédant le 31 mars 1987, 1991, 1995, à la requête de l'une et l'autre des parties, la révision prendra en considération le prix du marché proposé aux acheteurs en ce moment-là par les autres grands fournisseurs canadiens de charbon»<sup>872</sup>.

L'article 8 quant à lui soulignait que:

«Les parties admettent que des circonstances peuvent surgir, qui n'auraient pas été prévues(*foreseen*), lors de la conclusion du contrat; en conséquence, elles feront le maximum (*best effort*) pour résoudre, dans la bonne volonté (*Goodwill*) les épreuves (*hardship*) qui pourraient naître de ce fait»<sup>873</sup>.

---

<sup>872</sup> Traduction libre de Pierre-Yves Gauthier, *supra* note 871.

<sup>873</sup> *Ibid.*

En fin l'article 9 insistait sur ce que:

«En cas de changement significatif des conditions du marché du charbon, pendant la durée du contrat, chacune des parties aura le droit de demander la révision du prix; elles en discuteront dans la bonne foi pour atteindre un juste (fair) et raisonnable rééquilibrage»<sup>874</sup>.

La loi applicable tant au contrat qu'à l'arbitrage était celle de la Colombie-Britannique.

La clause d'arbitrage contenue dans l'article 15 du contrat était ainsi rédigée:

«All unresolved disputes, controversies, or differences between the arising out of or resulting from this agreement, or the breach hereof, any failure of the parties to reach agreement with respect to matters provided for herein and all matters of disputes relating to the sale of Coal by seller to buyer shall be finally determined by arbitration [..]».

Voilà que contrairement aux prévisions des parties, les prix du marché se sont mis à baisser de façon importante juste après les premières livraisons. L'utilisation combinée des dispositions du contrat a dans un premier temps permis aux parties d'aboutir à une révision amiable du prix. L'élément fixe de celui-ci a alors été réduit d'environ huit (8) dollars, passant ainsi de 35\$ à 26,5\$. Ce fut sur la base de la clause 9 invoquée en 1985, 1986, 1987. En 1987, la clause 7 (traitant de la révision du prix) fut invoquée par la partie japonaise sans qu'aucun accord ne soit possible. *La Quintette* refusa d'aller plus loin à cause des dépenses considérables auxquelles elle devait faire face.

---

<sup>874</sup>

Ibid.

C'est dans ce contexte qu'en Novembre 1987, les firmes japonaises entreprirent une procédure d'arbitrage sur la base de la clause compromissoire. Elles demandaient au tribunal arbitral de s'appuyer sur les articles 5, 7 à 9 pour réviser le prix pour la période allant de 1987 à 1991. Après s'être déclarés compétent pour procéder à l'adaptation, alors même que les clauses en question ne prévoyaient pas expressément leur intervention, les arbitres ne se sont pas contentés de la révision quadriennale qui leur avait été demandée. Dans la sentence au fond du 28 mai 1991, ils ont fixé non pas un prix, mais plusieurs (une dizaine); leur méthode consistant non pas à déterminer le nouveau prix pour l'espace de temps considéré, mais, à le faire varier année après année, dans un ordre de décroissance et en fonction de la baisse générale des prix du charbon. C'est ainsi que l'élément fixe du prix qui en 1987 était de 26,50\$, passait à 6\$ en 1991. C'est contre cette approche que la *Quintette Coal* s'est élevée. Il ne fait pas de doute pour elle que les arbitres ont rendu une décision *ultra petita*. Ce ne fut pas l'avis, en première instance du juge en chef de la Cour suprême de Colombie-Britannique, le juge Esson qui ne voyait rien dans le contrat qui soit de nature à empêcher le tribunal arbitral de modifier l'élément fixe du prix au cours de la période considérée, tout en reconnaissant en avoir douté au départ. Mais alors il a tenu à préciser:

«But even if the board was wrong in its conclusion on that point, that could constitute mere error in interpreting the contract and would not, under the International Act, provide a ground for setting it aside»<sup>875</sup>.

---

<sup>875</sup> Quintette (S.C.), (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 209.

En Cour d'appel, la façon de procéder des arbitres n'a pas davantage été condamnée. Ainsi le juge Hutcheon affirme tout d'abord que la démarche du tribunal n'aurait pas pu être fondée sur la seule clause no. 7, l'élément fixe du prix ne pouvant sur cette base être modifié. Ce qu'en revanche autorisait la clause no. 9, la pratique antérieure des parties illustrant de surcroît que cette clause pouvait fonder une modification de l'élément fixe plusieurs fois en quatre ans. Toujours selon le juge, même si le tribunal arbitral a erronément affirmé ne pas avoir besoin d'user de cette clause, il bénéficie malgré tout de la juridiction qu'elle lui octroie<sup>876</sup>. Ces collègues Proudfoot et Gibbs le rejoignent sur le fond qui disent des clauses 7 et 9 que:

«Their interpretation [l'interprétation des arbitres] is one which the words of the contract can reasonably bear»<sup>877</sup>.

C'est dire que la Cour d'appel de Colombie-Britannique a confirmé la décision de première instance. Quant à la Cour Suprême du Canada, elle a rejeté le pourvoi contre l'arrêt d'appel<sup>878</sup>. Cette affaire force à se poser deux questions: celle du pouvoir des arbitres de procéder à l'arbitrage comme ils l'ont fait et celle (subséquente) de savoir si leur décision est constitutive d'un *ultra petita*?

---

<sup>876</sup> Quintette, (C.A.), 1991, 50 B.C.L.R. (2d), p. 210-211.

<sup>877</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>878</sup> *Ibid.*, XXVIII.

### 2.3 Appréciation des conclusions des arbitres.

Les arbitres avaient-ils le droit de procéder à la réadaptation du prix comme ils l'ont fait? Il est vrai que la clause compromissoire est rédigée de manière large:

«Tout différend opposant les parties sur la base du contrat, ou toute rupture fautive (*breach, failure*) des parties dans la recherche d'un accord (*to reach agreement*) sur les questions ci-dessus exposées et toutes les disputes relatives à la vente du charbon, seront résolus par voie d'arbitrage»<sup>879</sup>.

Les clauses de *hardship* (8 et 9) ne prévoyaient pas expressément l'intervention de l'arbitre quant à l'adaptation du prix. Pas plus que celles relatives à la révision du prix. Bien que largement rédigée, la clause compromissoire ne vise pas moins «Tout différend (*any failure*) [...]». On peut donc légitimement, et en toute logique juridique y comprendre les différends relatifs à l'adaptation du contrat. Même si nous continuons à penser qu'une clause spécifique prévoyant clairement le pouvoir d'adapter est seule acceptable. Par ailleurs, tout comme les juges, les arbitres ont, afin de dégager la réelle volonté des parties, le devoir d'interpréter le contrat, donc toutes ses clauses. Ce qui englobe la clause d'arbitrage. Comment alors peut-on refuser aux arbitres de connaître d'un différend se situant dans le champ du contrat, simplement parce que leur intervention sur ce point précis du contrat, n'est pas spécifiquement prévue dans la clause d'arbitrage?

---

<sup>879</sup> Traduction libre de Pierre-Yves Gauthier, *supra* note 871, p. 617.

Il faut néanmoins reconnaître qu'il eut été mieux de prévoir expressément une telle intervention<sup>880</sup>. Il faut maintenant aborder la deuxième question

### 2.3.1 Les conclusions des arbitres et l'*ultra petita*.

Les arbitres en l'occurrence ont-ils statué *ultra petita* ou ont-ils plutôt commis une simple erreur intrajuridictionnelle? Il convient de commencer par rappeler la requête de la partie japonaise. Elle réclamait:

«[...] que les arbitres déterminent, en application de la clause compromissoire le point suivant: quel prix de base doit être re-déterminé sur le fondement des clauses 7 et 9 du contrat, pour le charbon à livrer, dans la période 1987-1991»<sup>881</sup>.

On peut comprendre que c'est un nouveau prix (*a price* et non *prices*) que les demandeurs réclamaient pour la période 1987-1991<sup>882</sup>. Or comme nous l'avons vu, les arbitres ont procédé à une sorte de décomposition d'une série de prix pour chaque année, suivant une courbe de dégressivité. Autant dire qu'il est peu probable que même les demandeurs japonais se soient attendus à un tel résultat si l'on s'en tient à leur requête.

---

<sup>880</sup> Prujiner, *supra* note 584, p. 449; Pierre-Yves Gauthier *supra* note 871, p. 618.

<sup>881</sup> Traduction libre de Pierre-Yves Gauthier, *supra* note 871, p. 622.

<sup>882</sup> C'est ce que pense Pierre-Yves Gauthier par exemple. Même si cela peut être contesté comme l'a fait Prujiner (*supra* note 584, p. 449) qui rappelle qu'en droit canadien (ex. L.R.C. 1985, C.I-21, article 33(2)) et québécois (L.R.Q. C.I-16 article 54), l'usage du singulier comprend le pluriel.



Si l'on admet que le singulier en droit comprend le pluriel, on peut alors difficilement affirmer que les arbitres ont commis un *ultra petita*. En revanche, on ne peut manquer de s'interroger sur le point de savoir s'ils s'en sont strictement tenus à ce qui leur a été demandé. Rappelons que suivant les juges, la rédaction (large) de la clause compromissoire leur confère juridiction pour procéder à l'adaptation du prix. Toute erreur pouvant leur être reprochée, ne pourrait être qu'être intrajuridictionnelle. Or comme nous l'avons déjà mentionné, seule une erreur intrajuridictionnelle déraisonnable peut emporter annulation de la sentence. Et il appartient au juge d'apprécier la raisonnable ou non de l'erreur. Il ne faut donc pas s'étonner que le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ait affirmé dans sa décision du 22 mai 1990:

«Je me suis préoccupé de la question de savoir si le tribunal arbitral pouvait faire varier l'élément fixe du prix à l'intérieur de la période quadriennale, plutôt que de le déterminer une fois pour toute, au titre de la dite période; ce qui semble plus conforme à la lettre de l'article 5 [...], mais même si le tribunal s'est trompé, ceci constituerait une erreur d'interprétation du contrat et ne saurait justifier une annulation [...]»<sup>883</sup>.

Les arbitres seraient donc par rapport à la requête de la partie japonaise, allés assez loin mais jamais au delà de leur juridiction. Ils n'auraient pas commis d'*ultra petita*. Tout au plus pouvons nous dire qu'ils ont simplement utilisé au maximum leur juridiction. Et cela ne peut leur être reproché.

---

<sup>883</sup>Traduction libre de Pierre-Yves Gauthier, *supra* note 871, p. 622.

De tout ce qui précède, il convient pour les commerçants de tirer un certain nombre de leçons dans la perspective du bouleversement de leurs rapports économiques si elles entendent soumettre la correction d'un tel bouleversement à un arbitre. Il leur faut s'assurer que leurs clauses d'adaptation accordent clairement juridiction à l'arbitre. Nous pensons que seule une attribution claire d'une telle compétence à l'arbitre autorise ce dernier à adapter le contrat, si l'on veut éviter de surprendre l'une des parties. Une fois que la juridiction de l'arbitre est clairement établie. Il faut pouvoir en préciser l'étendue. Dans l'affaire *Quintette*, la rédaction du contrat a donné lieu à des interprétations divergentes. Pour la société *Quintette*, les arbitres n'avaient pas le droit de fixer plusieurs prix en en faisant varier comme ils l'ont fait l'élément fixe. Ils devaient déterminer un seul prix pour la période 1987-1991<sup>884</sup>. Les juges de la Colombie-Britannique ne sont pas du même avis<sup>885</sup>. Pour éviter ce genre de difficultés, les parties doivent s'attacher à préciser autant que possible, l'étendue de la mission qu'elles confient à l'arbitre. C'est dire que les parties doivent se protéger autant qu'elles le peuvent des surprises. Quant aux juges, nous les comprenons de vouloir protéger ou à tout le moins, de ne pas vouloir nuire au développement de l'arbitrage commercial international. Cela ne justifie pas pour autant que l'on puisse tolérer la transgression de règles fondamentales telle celle de ne pas statuer *ultra petita*. Il est vrai que ce n'est pas le cas en l'espèce. Si les parties ont le sentiment que l'arbitre peut aller impunément au delà de ce qui lui est demandé, au moins une d'entre elles se sentirait en insécurité et, elle ne recourrait pas à l'arbitrage.

---

<sup>884</sup> C'est aussi l'avis de Pierre-Yves Gauthier, *supra* note 871.

<sup>885</sup> Prujiner les rejoint sur le fond. *supra* note 584.

C'est donc avec promptitude qu'il conviendrait de sanctionner les sentences qui viendraient à être rendues *ultra petita*, «même raisonnables et de bonne foi»<sup>886</sup>. Le développement de l'arbitrage est aussi à ce prix. Il est vrai toutefois que dans l'affaire Quintette, on ne peut infailliblement dire qu'il y a eu *ultra petita*, la juridiction du tribunal arbitral ne pouvant être réfutée. Comme nous venons de le voir, les parties disposent de moyens pour contrôler l'arbitre. Même si ses décisions (sentences) sont en principe sans appel, les parties peuvent néanmoins en demander l'annulation (pour non respect du principe du contradictoire par exemple) ou la réformation (pour erreur matérielle par exemple)<sup>887</sup>. Et ce n'est pas parce que la sentence aura été annulée que la responsabilité de l'arbitre sera engagée. Même si du reste, il n'est pas inconcevable que la responsabilité de l'arbitre soit engagée pour faute lourde professionnelle<sup>888</sup>. Si le tiers agissait en qualité de juge, c'est en principe l'inverse. Ses décisions (jugements ou arrêts) peuvent faire l'objet d'appel et être confirmées, infirmées, cassées ou annulées. Quant à engager la responsabilité du tiers agissant en tant que juge, il existe en les différents pays des règles spéciales relatives à la responsabilité des juges<sup>889</sup>. En tout état de cause, les règles relatives au tiers intervenant en tant qu'autorité juridictionnelle sont différentes de celles régissant son action en tant qu'expert.

---

<sup>886</sup> Prujiner, supra note 584, p. 449.

<sup>887</sup> R. David, supra note 281, p. 524 et ss.

<sup>888</sup> Ibid., p. 380 et ss.

<sup>889</sup> Ibid.

La *partie II* nous a donné l'occasion de répondre à une série de questions. Quel est le statut du tiers appelé à adapter la vente (le prix) sur la base d'une clause de *hardship*? Quel est le statut juridique du tiers agissant dans le cadre d'une clause d'offre concurrente, d'une clause du client le favorisé, d'une clause de premier refus? Le fait que les parties ne s'accordent pas sur l'opportunité de renégocier le contrat, le fait qu'elles sont incapables de s'accorder sur le contenu même de l'adaptation à apporter à la vente constituent-ils un litige? La fonction juridictionnelle est-elle compatible à l'adaptation du contrat? Le juge ou l'arbitre peut-il valablement procéder à l'adaptation du contrat en l'absence de clause? L'adaptation du contrat par l'arbitre ou par le juge constitue-t-elle création d'une nouvelle obligation contractuelle? Quel droit régit la mission de l'arbitre adaptateur? Comment peut-on le contrôler dans l'exécution de sa mission? Nous visions dans cette deuxième partie un objectif précis. Celui de montrer que, s'il est concevable que le tiers appelé à adapter le prix contractuel puisse le faire en qualité d'expert, il faut surtout voir en lui, dans la mesure où le lien juridique est ici indiscutable, dans la mesure où les parties font appel à lui parcequ'elles ne s'entendent pas sur l'opportunité d'envisager une adaptation, ou sur les ajustements à apporter au contrat, un arbitre (ou un juge), c'est-à-dire, une autorité juridictionnelle. Et que tout ce qui s'en suit relève alors de règles juridiques spécifiques. Il faut ici partir de l'idée que le tiers, intervient dans un contexte où le contrat existe déjà. Et ce n'est pas pour compléter l'entente mais plutôt pour procéder à l'adaptation ou à la révision de ce contrat. Les parties auraient pu elles-mêmes s'entendre sur l'adaptation à apporter au contrat (au prix) de vente. Si elles s'en remettent à un tiers pour le faire, il faut alors s'interroger sur le contexte d'une telle sollicitation.

Si elles font appel au tiers parce qu'elles estiment ne pas avoir les compétences suffisantes pour y procéder, ou pour toutes raisons autres que contentieuses au sens strict du terme, le tiers serait invité à agir dans un contexte qui n'a rien à avoir avec celui d'un litige, d'un différend *stricto sensu*<sup>890</sup>. Dès lors il peut très bien recevoir des parties, les pouvoirs d'un expert (expertise irrévocable, contrôleur-indépendant). En fait, Il faudra voir dans chaque cas, quelle portée juridique les parties confèrent aux conclusions du tiers. Ainsi, si au contraire, les parties font appel au tiers parce qu'elles ne s'entendent pas sur l'opportunité même d'une quelconque renégociation du contrat, ou parce qu'après avoir entamé des renégociations, elles ne s'accordent pas sur le contenu même de l'adaptation, et qu'elles lui demandent de trancher, le tiers doit alors être juridiquement vu comme étant saisi pour dénouer une contestation fondée sur un rapport juridique. Une contestation qui peut être juridiquement argumentée. Autrement dit un litige *stricto sensu*<sup>891</sup>. Dès lors c'est en tant qu'arbitre ou juge (autorité juridictionnelle) qu'il intervient. À partir de là, il faut bien comprendre que sa désignation obéit à des règles spécifiques. Règles de saisine des tribunaux, règles de compétence juridictionnelle s'il s'agit d'un juge. En matière d'arbitrage, les parties peuvent s'accorder pour désigner l'arbitre directement, elles-mêmes. Mais elles pourront également le faire indirectement en s'en remettant aux règlements des institutions spécialisées (C.C.I....). Pour accomplir sa mission d'adaptateur du contrat, l'arbitre doit oeuvrer suivant le droit auquel les parties auront soumis l'arbitrage. Si elles sont restées silencieuses, la plupart des textes s'accordent à dire qu'il peut oeuvrer suivant la manière qu'il estime appropriée.

---

<sup>890</sup> Voir *supra* note 195, p. 254-255.

<sup>891</sup> *Ibid.*

Quant au juge il a moins de marge de manoeuvre puisque dans le silence des parties, il devra agir suivant la règle de conflit. L'on peut supposer qu'en sollicitant l'intervention du tiers pour trancher le litige qui les oppose sur l'adaptation de leur contrat, les parties l'ont dûment investi du pouvoir d'adaptation. La supposition est juste si l'intervention se fait sur la base d'une clause de *hardship* ou d'un compromis. En revanche le juge ou l'arbitre ne saurait procéder à l'adaptation du contrat en l'absence de clause. À moins qu'un texte le lui permette. Effectivement et régulièrement investi du pouvoir d'adapter le contrat le tiers (juge ou arbitre) doit rendre sa décision dans les limites du litige. Le juge ou l'arbitre doit donc se garder d'agir sur le lien contractuel, de dénaturer les obligations en présence. Le tiers doit également agir dans le respect des règles de justice. Sinon, sa décision peut être annulée ou réformée (pour ce qui des sentences), ou infirmé, cassée et annulée (pour ce qui est des jugements ou arrêts). Quant à engager sa responsabilité, ce ne sera pas facile même s'il est vrai que cela n'est pas impossible.

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, il apparaît que rien ne s'oppose à ce que les parties qui ont l'intention de conclure une vente internationale fassent appel à un tiers pour compléter leur entente et la parfaire. Pour autant, l'entente ne conservera pas moins toute sa force et sa valeur juridique. Le fait est que les parties ne sont pas toujours en mesure (pour toutes sortes de raisons) d'arrêter sur le champ tous les éléments du contrat malgré leur intention ferme d'en conclure un. Le recours à un tiers pour y procéder ultérieurement s'avérerait alors extrêmement utile. Il conviendrait donc de ne pas tenir l'entente incomplète en échec sous prétexte que la détermination du prix est confiée à un tiers et remise à plus tard et, qu'en bout de ligne, le mécanisme se serait enrayé. Il ne faut pas comme le fait le droit français (et tous les droits qui s'en inspirent), conclure dans de tels cas à l'inexistence du contrat de vente. Il convient plutôt à l'instar des droits américain, anglais, etc... de tenir de telles ventes pour valables dans la mesure où l'intention des parties d'être juridiquement liées est suffisamment établie. Et si le tiers qui devait déterminer le prix ne le fait pas, il suffira d'exiger de l'acheteur le paiement d'un prix raisonnable. L'utilité de l'intervention du tiers n'est pas moindre dans le cadre d'une vente parfaitement formée. En effet, fortement bouleversée dans son économie générale, par des circonstances imprévisibles survenues postérieurement à sa conclusion, l'onérosité nouvelle attachée à l'exécution d'un tel contrat peut être telle que ce dernier aura besoin d'être adapté. Les parties pourraient, face à cette situation, être incapables de s'accorder sur l'opportunité même de cette adaptation (par exemple l'acheteur estime que les conditions de l'adaptation ne sont pas réunies).

Elles pourraient ne pas davantage s'entendre sur le contenu de l'adaptation, et souhaiter malgré tout la poursuite du contrat. L'intervention d'un tiers pour trancher serait alors salutaire comme pourrait l'être celle de l'arbitre prévue par une clause de *hardship*. Il apparaît donc qu'il n'est pas dénué d'intérêt de faire appel à un tiers pour déterminer le prix qui viendra parfaire le contrat de vente internationale, ou qui encore en assurera l'adaptation. Mais surtout, il faut avoir à l'esprit que, appelé à compléter l'entente ou à adapter le contrat, un certain nombre de problèmes juridiques s'attachent au tiers avec la même pertinence. À savoir, quel est l'impact de sa non-désignation sur le contrat? Quel est son statut? En quoi consiste la nature et la portée juridiques de son intervention? Quel droit régit sa mission? Comment accomplit-il sa mission? Sa responsabilité peut-elle être engagée? Les parties peuvent-elles contester ses conclusions? En quoi consistent les limites de son pouvoir? De toutes ces questions, celle de la qualification du statut du tiers constitue le pivot. C'est que selon le statut conféré au tiers, les réponses à apporter aux différentes questions varieront. Et de ces variations les parties doivent être conscientes, ils ne serait-ce que pour mieux apprécier l'opportunité de recourir à un tiers. En effet, quand les parties projettent de faire appel à un tiers pour compléter leur entente et ainsi la parfaire, c'est qu'elle est encore incomplète. En l'occurrence, le prix reste à déterminer. On peut alors estimer, à l'image du droit français par exemple, qu'il n'existe pas de contrat de vente si le tiers ne veut ou ne peut (s'il n'est pas désigné, s'il est décédé avant d'avoir accompli sa mission...) déterminer le prix, qu'il n'existe aucun rapport juridique entre les parties. De sorte qu'on ne peut concevoir entre elles, un quelconque litige *stricto sensu*, l'existence du rapport juridique étant indispensable à l'éclosion de tout litige. En conséquence, le tiers appelé à compléter l'entente, n'y procéderait pas en qualité d'autorité juridictionnelle habilitée à trancher juridiquement.



C'est dire que ce n'est pas en tant qu'arbitre ou juge que le tiers opérerait ici, mais plutôt en qualité d'autorité strictement non juridictionnelle (expert) dont les conclusions auront uniquement valeur contractuelle. En vérité, il est juste de concevoir le tiers comme un expert, tout comme on peut soutenir le contraire et dire qu'en attendant que le prix soit déterminé, le début d'exécution ou même le seul fait pour les parties d'avoir décidé de recourir à un tiers pour déterminer le prix établit suffisamment leur intention d'être juridiquement liées et, corrélativement, l'existence d'un rapport juridique. À partir de là, un litige entre les parties n'est plus inconcevable juridiquement. Et dès lors, le tiers devant compléter l'entente pourrait le faire en qualité d'arbitre ou de juge. Le prix aura alors vu le jour au travers d'une sentence, ou d'une décision de justice (actes revêtus de l'autorité de la chose jugée). Une fois déterminé, le prix viendra parfaire le contrat et s'y incorporera. Autant dire que les conclusions du "tiers compléteur" ne sauraient juridiquement être conçues comme un *avis* du type de celui que peut émettre un expert judiciaire, puisqu'il est obligatoire. Et, il n'y a pas *contradictio in terminis* à dire cela, dans la mesure où les parties ont voulu obligatoire un tel avis. Ce n'est pas en lui-même que l'avis tire sa force obligatoire mais de la volonté des parties. Le tiers dont la mission est de compléter l'entente en déterminant le prix, élément manquant, peut donc y procéder aussi bien en qualité d'autorité juridictionnelle (arbitre ou juge) qu'en qualité d'autorité non juridictionnelle. Si le tiers est sollicité pour adapter le contrat, il n'y a aucune difficulté à soutenir qu'il pourrait le faire en tant qu'arbitre ou de juge. De fait, l'existence du rapport juridique est indiscutable. Et il est facile de concevoir l'avènement d'un litige sur cette base. C'est le cas si les parties ne s'entendent pas sur l'opportunité de l'adaptation. Il en va de même si elles ne s'accordent pas sur le contenu de l'adaptation.

Il reste qu'un litige n'est pas nécessairement inéluctable là où il est juridiquement concevable. Ainsi le tiers-adaptateur peut avoir été désigné par les parties pour des motifs qui n'ont rien à avoir avec un quelconque contentieux entre elles. C'est ce qui explique que le tiers-adaptateur pourrait accomplir sa mission en qualité d'expert technique par exemple. Les parties lui accorderont les pouvoirs qu'elles veulent. C'est dire que pour adapter le contrat, le tiers peut également revêtir la qualité d'autorité juridictionnelle (arbitre ou juge) ou celle d'expert (expertise irrévocable). Il pourrait même dans cette hypothèse-ci, agir comme expert technique. Alors suivant les cas, les conclusions qui établissent l'opportunité de l'adaptation, ou qui définissent le contenu de l'adaptation, découleront d'une sentence arbitrale, d'un jugement (actes revêtus de l'autorité de la chose jugée), d'un avis consultatif ou d'un avis obligatoire. Si les parties ont choisi de faire appel à un tiers pour compléter leur entente ou pour adapter leur contrat, elles ont alors assurément envisagé sa désignation. Mais comme le tiers en question, peut dans l'un ou l'autre des cas intervenir en tant qu'arbitre, juge ou expert, il convient pour les parties de savoir que les règles de sa désignation varieront suivant les hypothèses. S'agissant du tiers expert, sa désignation relève de la volonté contractuelle des parties elles-mêmes. C'est aussi le cas de l'arbitre, que les parties ont toute latitude de désigner directement au moyen d'une convention d'arbitrage. Mais dans son cas, celles-ci peuvent confier sa nomination à un tiers préconstitué, une personne physique (le Président d'une juridiction nationale ou internationale par exemple), ou à une personne morale (la Cour d'arbitrage de la C.C.I par exemple). Agissant en qualité de juge, sa désignation peut résulter d'une élection de for, ou d'une manière générale, se faire suivant les règles du droit international privé relatives à la compétence juridictionnelle.

On pourra alors tenir compte des principes (ex. le contrôle judiciaire de la raisonnable du contact) et des facteurs (le domicile du défendeur, la localisation des biens, la localisation de la cause d'action, le lieu de conclusion etc...) pertinents. Tout comme les règles de sa désignation, l'impact de la non désignation du tiers varie suivant que ce dernier doit intervenir pour compléter l'entente ou pour adapter le contrat. Dans le premier cas, sa non désignation posera le problème de l'existence ou pas du contrat de vente. Et tout dépendra du droit qui gouverne l'entente. Ainsi pour le droit français par exemple, la vente ne saurait voir le jour si le tiers ne peut ou ne veut déterminer le prix, ce qui englobe sa non désignation.

À l'inverse dans le droit américain, en *Common Law* en général, la validité du contrat est maintenue. À charge pour l'acheteur de payer un prix raisonnable. Le droit italien permet même au juge de nommer le tiers en lieu et place des parties, ou encore de le remplacer et fixer lui même le prix. Quant au tiers dont la mission est d'adapter le contrat, sa non désignation pourrait tout au plus conduire les parties à exécuter le contrat comme elles le font depuis le début. Et cela malgré le changement des circonstances. À moins que le droit régissant le contrat n'autorise le juge à l'adapter même en l'absence de clause contractuelle à cet effet (droit allemand, droit algérien par exemple). Une des parties peut alors saisir le juge pour lui demander de réviser le contrat. Et, qu'il s'agisse d'adapter le contrat ou de compléter l'entente, le tiers peut user des mêmes techniques. Rien ne l'empêche, dans les deux cas, de s'appuyer sur le *prix du marché* pour accomplir sa mission.

Le tiers pouvant accomplir sa mission aussi bien comme expert qu'en qualité d'arbitre ou de juge, il faut bien avoir à l'esprit que le droit applicable à sa mission ne sera pas forcément le même. En tant qu'expert, c'est suivant les règles du contrat qu'il opère.

Ce contrat est régi par le droit désigné par les parties. Le cas échéant, la compétence reviendra selon les rattachements au droit du où est accompli la prestation caractéristique, à la *lex executionis*, à la *proper law of the contract*, etc. Comme dans tout contrat, le tiers se doit d'exécuter et de bien exécuter le contrat, ce qui suppose qu'il ne doive pas oeuvrer *ultra vires*, qu'il ne doive pas se rendre coupable de fraude, de manoeuvres dolosives, etc. Quant au tiers qui intervient en qualité de juge ou d'arbitre, il a une mission juridictionnelle. En tant que juge, il trouvera la démarche à suivre dans son Code de procédure civile. Comme arbitre il la puisera dans les règlements des institutions spécialisées ou éventuellement dans la convention d'arbitrage. Quoi qu'il en soit, la procédure doit en être une de juridictionnelle. Ce qui suppose qu'elle doit respecter le principe du contradictoire et celui de ne pas statuer *ultra petita*. En ce qui concerne le fond, il est généralement admis que dans le silence des parties, il appartient à l'arbitre d'appliquer le droit qu'il juge approprié. Ce pourrait donc être la *lex mercatoria*. Dans le silence des parties, c'est son Droit International Privé qui fournira au juge le droit applicable. Et ces mêmes règles s'appliquent au tiers qu'il s'agisse de compléter l'entente ou d'adapter le contrat. Il suffira de déterminer, dans l'un ou l'autre des deux cas, en quelle qualité il opère (arbitre, juge, expert, etc). Comme nous l'avons déjà écrit, les conclusions du tiers dont la mission est de compléter l'entente s'incorporent au contrat. Conformes au contrat, elles lient par avance les parties. Dès lors, ces dernières ne devraient en principe pas être admises à les contester. Mais il est des écarts que l'on ne saurait imposer aux parties d'endurer. Ce sera le cas si les conclusions du tiers ont à avoir avec la violence, le dol, la fraude, l'erreur grossière, une erreur matérielle (erreur dans la méthode de calcul par exemple).

Dans tous ces cas, les parties sont admises à contester les conclusions du tiers. Pour ce qui est du tiers qui agit en tant qu'arbitre, la sentence qu'il rend est en principe sans appel. Tout au plus les parties pourront en solliciter l'annulation ou la réformation (ou rectification pour erreur matérielle). S'agissant du tiers qui oeuvre en tant que juge, sa décision (jugement) peut en principe faire l'objet d'un appel et peut être confirmée, infirmée, cassée et annulée. Par ailleurs, qu'il accomplisse sa mission comme expert, arbitre ou juge, la responsabilité du tiers peut être engagée. Toutefois, si la responsabilité agissant en qualité d'expert (expertise irrévocable) relève des règles de la responsabilité contractuelle, celle de l'arbitre ne peut être engagée que pour faute lourde professionnelle. Quant à la responsabilité du juge, elle obéit (dans les différents pays) à des règles spéciales. Il importe donc que les parties à une vente internationale qui recourent à un tiers pour déterminer le prix ou pour l'adapter soient conscientes de ces différentes variations de statut juridique ainsi que de ses conséquences. Ces parties doivent savoir qu'elles sont libres de recourir à un tiers. Mais que ce faisant, elles ouvrent une sorte de boîte de Pandore consistant en tous les points que nous venons de développer. Mais d'un autre côté, faire appel à un tiers peut faire gagner du temps aux parties et leur permettre d'éviter des impasses. Il suffit de penser à la clause de *hardhip* prévoyant l'intervention d'un arbitre. À travers tous ces points il faut en retenir la quintessence, la thèse que nous défendons. C'est l'idée que quelle que soit sa mission, compléter l'entente ou adapter le contrat, c'est le contexte dans lequel le tiers intervient qui permet de qualifier avec exactitude son statut juridique, ainsi que le régime qui en découle. Ce n'est pas parce que les parties auront qualifié le tiers d'arbitre qu'il en est effectivement un au sens strict du terme. Il peut ne pas l'être tout comme 'l'arbitre' de l'article 1592 du Code civil français n'est pas un arbitre *stricto sensu*. En fait, il s'agit d'un expert (expert irrévocable).

Ces conclusions sont une fois connues sont obligatoires et s'incorporeront à l'entente pour la parfaire. Ce qui les distingue d'un simple *avis* d'expert judiciaire. Mais il faut se méfier des apparences. En effet, à voir la mission du tiers chargé de compléter l'entente, on peut se dire que s'il intervient pour déterminer le prix et compléter l'entente, c'est que le contrat (de vente) en tant que tel n'existe pas encore, qu'aucun lien juridique n'unit encore les parties (vendeur et acheteur en puissance). On pourrait en déduire qu'un tel contexte ne saurait être litigieux *stricto sensu*. Et dès lors, le tiers ne saurait y intervenir en qualité d'arbitre. On serait donc porté à lui refuser toute qualité d'autorité juridictionnelle. Ce serait là une perception à courte vue. De fait, s'il est juridiquement correct de voir en le tiers qui complète l'entente, en principe, un expert, il est parfaitement concevable de voir en lui un arbitre, une autorité juridictionnelle. Et ce pour la même mission. Si par exemple, il est établi un début d'exécution entre le vendeur et l'acheteur, il faut conclure à l'existence d'un lien juridique entre les deux. Et si à l'intérieur de ce lien juridique, ils ne s'accordent pas sur le prix des marchandises et qu'ils font appel à un tiers pour les départager, il n'est pas exclu qu'il s'agisse là d'un véritable litige. Surtout si l'un résiste à l'autre à coup d'arguments juridiques. À partir de là, le tiers, qui aurait pour mission d'aplanir ce litige en fixant le prix pour les parties, agirait en qualité d'arbitre. C'est pour cela que nous soutenons que, pour compléter l'entente, le tiers, auquel les parties font appel pour ce faire, peut s'acquitter de sa mission aussi bien en qualité d'expert qu'en qualité d'arbitre. La perspective est la même pour le tiers choisi par les parties pour adapter le contrat. À ceci près qu'ici, on sera porté à admettre facilement que le tiers puisse s'acquitter de sa mission en qualité d'arbitre. En effet, le contrat existe déjà. Un litige peut donc éclore à tout moment du contrat (relativement au prix par exemple).

Ce sera le cas si les parties ne s'accordent pas sur l'opportunité des renégociations ou sur le contenu même de l'adaptation. On ne ferait pas de difficulté pour reconnaître la qualité d'arbitre au tiers qui aurait la charge de vider un tel litige. Mais ici également, il faut franchir ses premières vues. Le fait est que, même étant lié par un contrat, les parties peuvent en dehors de tout litige, pour des raisons de temps, de compétence, faire appel à un tiers pour adapter le contrat. Ce sera le cas si vendeur et acheteur s'accordent sur l'opportunité des renégociations, s'y livrent sans problèmes, tombent d'accord pour changer le prix et confient, cela en dehors de toute dispute de quelque sorte que ce soit, à un tiers. Les parties font ainsi appel à un tiers qu'elles ne voient sûrement pas comme une autorité juridictionnelle. Ce tiers peut donc parfaitement s'acquitter de sa mission d'adaptateur, en qualité de mandataire commun, d'expert par exemple. Et même en présence de litige, il est loisible aux parties de vouloir le régler au travers d'un processus exclusivement contractuel. Elles pourraient alors faire appel à un tiers-expert à qui elles demanderaient une expertise irrévocable. Et comme nous l'écrivions précédemment, ce sont là des variations de statut que l'on peut observer sur une même mission, et dont les parties doivent être conscientes dans la formation, l'exécution et la gestion des différends pouvant surgir de leur contrat. Notamment ceux qui ont trait au prix.

## BIBLIOGRAPHIE

### I OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MONOGRAPHIES

ANTAKI, N. et PRUJINER, A., L'arbitrage commercial international, Wilson et Lafleur, Université Laval, Faculté de droit, 1986.

ATTYAH, P.S., An Introduction to the Law of Contract, Clarendon Law Series, Oxford, 1971, p. 127.

AUDIT, B., La vente internationale de marchandises, Paris, L.G.D.J. 1990.

BAUDOIN, J.L., Les obligations, Montréal, Y. Blais, 1993.

BATTIFOL, H. et LAGARDE, P., Droit International Privé, 7<sup>e</sup> éd. Paris, L.G.D.J. 1983.

BIANCA, C.M. et BONELL, N.J., Commentary on the International Sales Law. 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan, 1987.

DE BOISSESON, Le droit français de l'arbitrage, Paris, Juridictionnaire Joly, 1990.

CARBONNIER, J., Droit civil: les obligations, tome 4, 12<sup>e</sup> éd., Paris, 1985.

DAVID, R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982.

DAVID, R., Les contrats en droit anglais, Paris, L.G.D.J., 1985.



DAVID, R., L'imprévision dans les droits européens, études offertes à A. Jauffret, Gap, Faculté de droit et des sciences politiques d'Aix Marseille, 1974.

DOMKE, M., The Law and the Practice of Commercial Arbitration, Mundelein III., Callahan & Co. 1968.

DOUCET, J.P., L'indexation, Paris, L.G.D.J., 1965.

CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTON'S, Law of Contract, 11<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1986.

ENGEL, P., Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1973.

FARJAT, G. Droit privé de l'économie: théorie des obligations, Paris, P.U.F., 1975.

FARNSWORTH, E.A., United States Contract Law, Hardsley-on-Hudson, N. Y. Transnational Juris Publications, 1991.

FLOUR, J et AUBERT, J.L., Les obligations: sources, l'acte juridique, Paris, Colin, 1996.

FONTAINE, M., Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Paris, F.E.C. (Forum Européen de la Communication), 1989.

GHESTIN, J., (sous la direction de). Traité de droit civil: les obligations. le contrat (formation), tome 2, Paris, L.G.D.J., 1980.

GHESTIN, J., Traité des contrats: la vente, Paris L.G.D.J., 1990.

GHESTIN, J. et BILLIAU, M., Le prix dans les contrats de longue durée, Paris, L.G.D.J., collection droit des affaires 1990.

GHOZI, A., La modification de l'obligation par la volonté des parties, Paris, L.G.D.J., 1980.

GILSON, B., Inexécution et résolution en droit anglais, Paris, L.G.D.J., 1960.

GOURION, P.-A. & PEYRARD, G., Droit du commerce international, Paris, L.G.D.J., 1994.

GRAUMANN, S., Guide pratique du commerce international, Paris, Litec 1992.

GROFFIER, E., Précis de droit international privé québécois, Montréal, Yvon Blais, 1980.

HONNOLD, J., Uniform Law for International Sales, Deventer Kluwer, Boston, 1982.

JADAUD, B. et PLAISANT, R., Droit du commerce international, Memento, Dalloz, Paris, 1991.

JARROSSON, C.H., La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J., 1987.

JOBIN, P.-G. La vente dans le Code civil du Québec, Montréal, Y. Blais, 1993

KAHN, P., La vente commerciale internationale, Paris, Librairie Syrey, 1961.

KASSIS, A., Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international: arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.J., 1987.

KRITZER, A. H., International Contract Manual: Contract Checklist, Boston, Kluwer Law & Taxation, Publishers, 1993.

KRITZER, A. H., International Contract Manual: Country Handbook, Boston, Kluwer Law & Taxation, Publishers, 1993.

LAMONTAGNE D.-C. Droit de La vente, Montréal, Y. Blais, 1995.

LAMY, contrats commerciaux, sous la direction de H. Lesguillons, vol.3, 1987.

De LAUBADERE A, MODERNE, F et DELVOLVE, P., Traité des contrats administratifs, tome 2, L.G.D.J., 2è éd., 1984.

LIMPENS, J. La vente en droit belge, Bruxelles, Bruylant, 1960.

MALAURIE, P. et AYNES L. Cours de droit civil: les obligations, Cujas, 1995.

MALAURIE, P. Répertoire civil: vente, Dalloz.

MANN, F.A., The Legal Aspect of Money, Londres, Clarendon Press, 1982.

MOUSSERON, J.M., Techniques contractuelles, Paris, Editions Juridiques Lefebvre, 1988.

MOTULSKY, H., Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz 1974.

MUSTILL et BOYD, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, Londres, Butterworths, 1989.

DE PAGE, H., Traité élémentaire de droit civil belge, 3è éd., tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1964.

PHILIPPE, D.M., Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruylant 1986.

POURCELET, M., La vente, 5è éd. Montréal, 1987.

RAMBERG, J., Guide des Incoterms 1990, C.C.I., Paris, 1991.

REDFERN, A and HUNTER, M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet and Maxwell, 1986.

RESTATEMENT OF THE LAW 2ND: CONTRACTS, 2d, St-Paul Min., American Law Institute Publication, 1981.

RIPERT, G. et ROBLOT, R., Traité élémentaire de droit commercial, tome 2, L.G.D.J., 1986.

ROBERT, J., L'arbitrage en droit interne et droit international privé, Paris, Dalloz, 1993.

RODIERE, R., (sous la direction de), La formation du contrat, collection *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché Commun*, ouvrage publié avec le concours du C.N.R.S., Paris, Pédone, 1980.

RODIERE, R et TALLON, D. (sous la direction de), Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles, collection *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché Commun*, ouvrage publié avec le concours du C.N.R.S., Paris, Pédone, 1986.

ROUSSEAU-HOULE, T., Précis du droit de la vente et du louage, Québec, P.U.L., 1986.

SANDERS, International Handbook On Commercial Arbitration, Boston, Kluwer 1984.

STARCK, B. Droit civil-obligations, Paris, Librairies Techniques, 2è éd., 1995.

TALLON, D. La détermination du prix dans les contrats: étude de droit comparé, Paris, Pedone, collection harmonisation du droit, 1989.

TANCELIN, M., Des obligations, 4è éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988.

TESIC, M.B., La clause de révision de prix dans les contrats de commerce international, Paris, 1961.

THIEFFRY, J. GRANIER, CH., La vente internationale, Paris, Centre français du commerce extérieur, 1985.

VOCABULAIRE JURIDIQUE, sous la direction de G. Cornu et le patronage de l'Association Henri Capitant. Paris, P.U.F., 1987.

WEILL, A. et TERRE, F. Droit civil: les obligations, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1986.

WITZ, C. Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, Paris L. G. D. J., 1995.

## II ARTICLES

ADAMI, F., «Les contrats "Open Price" dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1989) R.D.A.I., 115.

AYNES, L., «Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?», (1993), chr. p. 26.

BERNINI, G., «Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme», Rapport au Vè congrès international de l'arbitrage, New Delhi 1975, (1975) Rev. arb., 18 et ss.

BARBIERI, J.J., «La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif», (1983) Rev. jur. com., p. 323.

BELOT, J., «Détermination judiciaire du prix dans les contrats», (1982) Revue de Recherche juridique, Aix.

BERMONT DE VAULX., «La détermination du prix dans les contrats de ventes», (1973) I J.C.P., 2567.

BOYER, «À propos des clauses d'indexations: du nominalisme monétaire à la justice contractuelle», dans *Etudes Marty*, Toulouse, 1978, no. 87 et s.

CHEVALLIER, A.M., «Comment déterminer en période d'inflation, des prix à long terme», (1985) R.D.A.I., p. 271.

CORBISIER, I., «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises», (1988) R.I.D.C., p. 767.

COSSETTE, A., «Les clauses d'indexation», (1981) Revue du notariat, p. 455.

CRUT, D., «De la nullité pour indétermination du prix», (1980) La vie judiciaire, no. 1780, p. 1.

DAVID, R., «L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats», dans *Mélanges offerts à Marty*, 1978.

DAVID, R., «L'imprévision dans les droits européens» dans *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 212.

DAWSON, J.-P., «Judicial Revision of Frustrated Contracts», (1982) Judicial Review, p. 86.

DELMAS-SAINT-HILAIRE, J.P., «L'adaptation du contrat aux circonstances économiques» dans La tendance à la stabilité du rapport contractuel, sous la direction de P. Durand, Paris, 1974.

DE FONT BRESSIN, P., «De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats», (1986) R.T.D.C., p. 665.

DE LA MARNIERE, E.S., «Observations sur l'indexation comme mesure de valeur», (1977) R.I.D.C., p. 58.

FABIEN, C., «Les règles du mandat», (1986) Répertoire de droit, p. 427.



- FABRE, R., «Les clauses d'adaptation dans les contrats», (1983) R.I.D.C., p. 1-30.
- FERRIER, D., «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif» (1991) Dalloz, chr.237.
- FERRIER, D., «Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif», (1982) Cah. dr. entreprise, distribution, 5/6, p. 12.
- FONTAINE, M., «Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux», (1978) D.P.C.I., p. 185.
- FONTAINE, M., «Rapport intérimaire et étude finale sur les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme», (1976) D.P.C.I., p. 7.
- FONTAINE, M., «Rapport introductif sur les problèmes du long terme. Travaux sur colloque de Tours des 1-3 juin 1978 sur le contrat international à long terme», (1979) D.P.C.I., p. 142.
- FOUCHARD, Ph., «L'adaptation des contrats à la conjoncture économique», (1979) Rev. arb., p. 67.
- DE FRANCON, «La clause de "hardship"», dans Les troubles d'exécution du contrat en droit français et allemand, Rapport du 11<sup>e</sup> séminaire commun des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, Heidelberg, 1981.
- FREJAVILLE, M., «Les clauses d'échelle mobile», (1952) Dalloz, chr. p. 31.

- FRIDMAN, «Construing Without Constructing a Contract», (1960) L.Q.R., p. 524.
- FRISON-ROCHE, M.-A., «L'indétermination du prix», (1992) R.T.D.civ., 269.
- GAUTHIER, P.-Y., «L'affaire Quintette devant les juges de la Colombie-Britannique: la clause de hardship, invitation à l'ultra petita», (1991) Rev. arb., p. 612.
- GHESTIN, J., «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative», (1973) Dalloz, p. 293.
- GOLDBERG, V.P., «Price Adjustment in Long-Term Contracts», (1985) Wisc. Law. R., p. 527.
- GOLDFARB, E., «Agency and the conflict of Laws: A critical Reassessment», (1977) U. of T. Fac. L. Rev.
- GOLDMAN, B., «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives», (1979) Clunet, p. 475.
- GROFFIER, E., «L'intermédiaire du commerce international au Canada», (1985) THEMIS, p. 127.
- GROFFIER, E., «La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats», (1977) R.D.U.S., p. 75.
- HOLTZMANN, H. M., «Le droit des Etats -Unis relatif aux pouvoirs de combler les lacunes d'un contrat à long terme», (1975) Rev. arb., p. 48 et ss.

HONORAT, «Les indexations contractuelles et judiciaires» dans *Etudes Flour*, Paris, 1979, p. 251 et s.

HOWARD, «Open Terms as to the Price in Contracts for the Sale of Goods», (1974) Aus. L. J., p. 424.

JOBIN, P.-G., <<La révision du contrat par le juge dans le Code civil>> dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993.

KAHN, Ph., «L'interprétation des contrats internationaux», (1981) Clunet, p. 6.

KAHN, Ph., «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1981) Clunet, p. 964.

KASSIS, A., «L'arbitre, les conflits de loi et la lex mercatoria» dans ANTAKI et PRUJINER L'arbitrage commercial international, Wilson & Lafleur, Université Laval, Faculté de droit, 1986, p. 133.

LAGARDE, P., «La Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et la représentation», (1978) R.C.D.I.P., p. 32.

LALIVE, «Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en suisse», (1976) Rev. arb., p. 155.

DE LAMBERTERIE, «Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée» dans Le contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaises, Paris, L.G.D.J., 1987.

LEGRAND, P., <<Scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise>> (1992) 23 R.G.D.

LEDUC, F., «La détermination du prix une exigence exceptionnelle?», (1992) J.C.P., I. 3631.

LESGUILLONS. H., «Frustration, Force majeure, imprévision», (1979) D.P.C.I., p. 507.

MACNEIL, I.-R., «Economic Analysis of Contractual Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law», (1981) The Economic Approach to Law, London, ch.3.

MARTIN, S., «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit québécois», (1993) C. de D., 599.

DE MARTEL, A., «L'article 1129 du Code civil et l'annulation des contrats de bière pour indétermination de leur prix», (1980) J.C.P., II, 13316.

MATRAY-LAMBERT, «Le recours à l'arbitrage en vue de suppléer aux "lacunes" des contrats commerciaux et internationaux à long terme (droit belge)», (1976) R.I.D.C., 18 et s.

MERCADAL, B., «La détermination du prix dans les contrats», (1979) D.P.C.I., 440.

MURRAY, «The "Open Price" Sale of Goods Contract in a World Wide Setting», (1984) Com. L. J., 491.

MOUSSERON, J.-M., «La durée dans la formation des contrats» dans *Mélanges Jauffret*, 1974.

NOIREL, J., «L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé» dans Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, sous la direction de P. DURAND, Paris, L.G.D.J., 1961.

OPPETIT, B., «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship», (1974) Clunet, 794.

PAULSSON, «La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.», (1990) Rev. arb., 82 et ss.

PAULUS DE RHODE, H., «La détermination du prix dans les contrats en droit de belge», (1980) D.P.C.L., p. 89.

PROSSER, «Open Price in Contracts for the Sale of Goods», (1932) Minn. L. Rev., 733.

PRUJINER, A., «L'adaptation forcée du contrat par l'arbitrage», (1992) R.D.McGILL, 439.

RENARD, C., «Théorie de l'imprévision dans les contrats», (1950) Revue inter et droit comparé, 21.

RODIÈRE, R. & CHAMPAUD, C., «A Propos des pompistes de marque: les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur», (1988) J.C.P., 66.

ROUHETTE, G., «La révision conventionnelle du contrat», (1986) R.I.D.C., 383.

SANDERS, P., «L'arbitrage dans les transactions commerciales à long terme», (1975) Rev. arb., 83.

SAVATIER, «Dépréciation monétaire et vie juridique des contrats», (1972) Dalloz, 2.

SCHMIDT, J., «Négociation et conclusion des contrats», (1982) Dalloz, 236.

SHMIDT, J., «Le prix du contrat de fourniture», (1985) Dalloz, chr. 176.

SCHMITTHOFF, C.M., «Hardship and Intervener Clauses», (1980) Journal of Business Law, 82.

SILARD, S.A., «Clauses de maintien de valeur dans les relations internationales», (1972) Clunet, 214.

SPEIDEL, «Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method», (1982) Cornell L. Rev., 785.

STRAUCH, M. & NEUMANN, C.W., «La détermination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats», (1980) D.P.C.I., 133.

STROHBACH, H., «Filling Gaps in Contracts», (1979) The American Journal of Comparative Law, 479.

TANCELIN, M., «L'adaptation des rapports juridiques de droit privé aux circonstances économiques au Canada et en particulier dans la province de Québec», (1971) C. de D., 419.

TERKI, Nour-Eddine, «L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien», (1982) D.P.C.I., 18.

ULLMANN, «Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain», (1988) R.D.A.I., 889.

VAN GERVEN, «Conventions de longue durée, détermination du prix, adaptation par suite de circonstances imprévisibles, règlement des conflits» dans Publications commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 15.

VAN OMMESLAGHE, P., «Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux», (1980) Revue de droit international et droit comparé, 7.

VASSEUR, M. «L'indexation à l'étranger», (1955) Revue économique, 275.

### III CONVENTIONS ET TEXTES INTERNATIONAUX

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 1958.

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 1961.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Washington, 1965.

Convention interaméricaine sur l'arbitrage, Panama, 1975.

Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises, Vienne, 1980.

La Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, Genève, 1983.

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, La Haye, 1986.

Force majeure et imprévision, Paris, C.C.I., 1985.

Incoterms 1990, Paris, C.C.I., 1990.

Principe relatifs aux contrats du commerce international, Rome, Unidroit, 1994

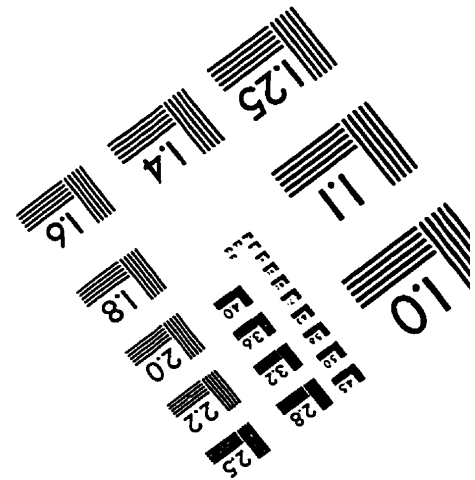
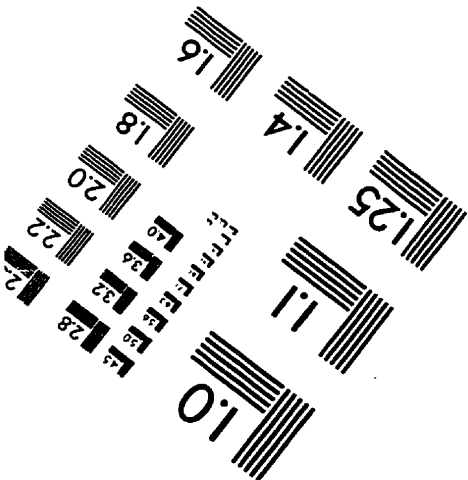
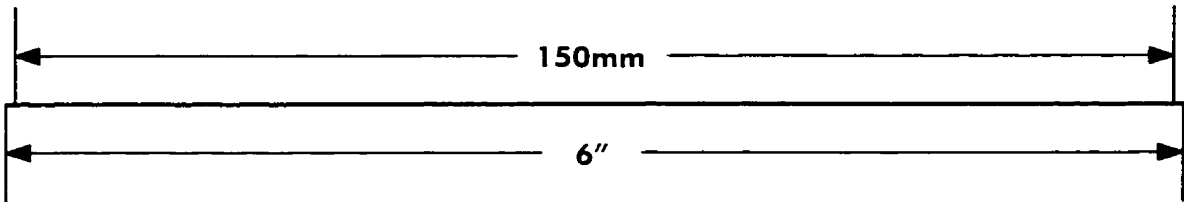
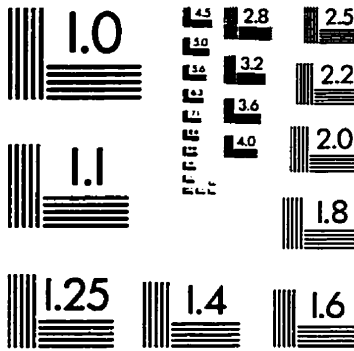
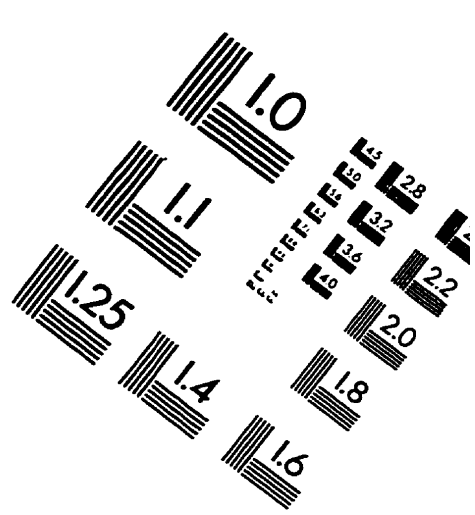
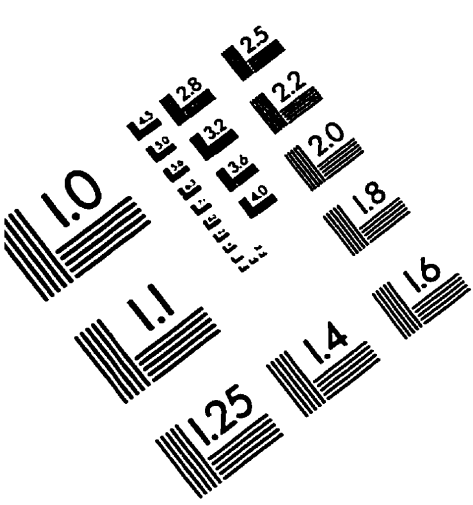


Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International Nouveau Règlement de conciliation et Règlement d'arbitrage modifié, Paris, C.C.I., 1988.

Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Stockholm, 1988.

Règlement pour la régulation des relations contractuelles, Paris, C.C.I., 1978.

# IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)



**APPLIED IMAGE . Inc**  
1653 East Main Street  
Rochester, NY 14609 USA  
Phone: 716/482-0300  
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc.. All Rights Reserved