



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file Votre référence

Our file Notre référence

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Thèse soumise à la Faculté d'études supérieures et de la recherche à titre d'exigence
partielle pour l'obtention du diplôme de Maîtrise en droit (LL.M.).

**LA DETERMINATION DU PRIX :
QUELLE HARMONISATION ? QUEL AVENIR ?**

Par
Delphine LECOSSOIS
Institut de Droit Comparé
McGill University, Montréal
Décembre 1995

Copie # 2

(c) Copyright Delphine LECOSSOIS 1995



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

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

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

ISBN 0-612-12225-5

Canada

RESUME

Le prix est ou n'est pas, en fonction des systèmes juridiques, un élément essentiel du contrat. Cette caractérisation peut avoir une importance vitale pour la survie du contrat. Les droits nationaux, séparés notamment entre ceux de common law et ceux de droit civil, adoptent des solutions divergentes. Ces divergences ne favorisent pas la pratique en matière de contrats internationaux. C'est pourquoi des efforts d'harmonisation ont été entrepris depuis 1929, avec plus ou moins de succès. Les droits nationaux étudiés se limiteront au droit français et au droit américain en raison de leur position diamétralement opposée en matière de détermination du prix. Le droit français adopte une position extrêmement rigide alors que le droit américain, à la suite du Uniform Commercial Code, a consacré la pratique du contrat sans prix.

En droit international, les rédacteurs de la convention de Vienne ont essayé de résoudre les oppositions nationales. Mais l'adoption de deux articles contradictoires (les articles 14 et 55) manifeste un certain échec sur le plan des principes. L'interprétation qui en sera faite par les tribunaux nationaux contribuera peut-être à une plus grande réussite sur le plan pratique. Cependant, la première jurisprudence en la matière ne semble pas s'engager dans cette voie.

Par ailleurs, l'harmonisation des droits à travers les principes généraux du droit commercial international a fait l'objet de préoccupations constantes au sein d'UNIDROIT. Les propositions de l'Institut, en adoptant la pratique des contrats sans prix, viendront peut-être résoudre cette difficulté.

Cette thèse a pour objet d'étudier la voie de l'harmonisation dans laquelle s'est engagé UNIDROIT ainsi que l'avenir d'une telle harmonisation par rapport aux deux systèmes juridiques de références que sont le droit américain et le droit français. Une analyse poussée des forces et faiblesses de chacun de ces deux systèmes devrait permettre d'évaluer les choix de l'Institut sur la détermination du prix dans les contrats : Quelle harmonisation envisager avec succès, et quel avenir réel y a-t-il pour une harmonisation sur ce point ?

ABSTRACT

Depending on the legal tradition one belongs to, the price is or is not a material term of contract. In American law, the Uniform Commercial Code expressly authorizes the open price contract. On the contrary, the French Civil Code forbids it and renders such a contract void for indefiniteness. This situation does not favor the international relations since, in many cases, the national courts seized read the international contract or law through the lenses of domestic law or principles.

To avoid these consequences, a great harmonization has been undertaken since 1929. This effort resulted first in the adoption of the articles 14 and 55 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. However, these articles conflict with one another and this results in several possible interpretation by the national courts.

A work of harmonization has been completed since then by UNIDROIT and resulted in the adoption of the General Principles of International Commercial Contracts.

The purpose of this thesis is to critisize the open price system adopted by UNIDROIT and to analyse the future of such a principle in the international and national settings.

Because of their extreme divergence this study will compare the Uniform Commercial Code's open price system and the French civil code.

REMERCIEMENTS

Avec cette thèse se terminent six années universitaires.

Sans le soutien affectif et moral de ma famille, de mes amis français et canadiens, et de Valéry, cet achèvement n'aurait jamais pu être possible.

J'aimerais rendre tout particulièrement hommage au superviseur de cette thèse, le Professeur Gary Bell qui a fait bénéficier ce travail de son excellence académique, de la justesse de ses remarques ainsi que de l'objectivité de ses critiques, le tout avec gentillesse et une extrême disponibilité malgré la distance qui nous séparent.

J'aimerais également remercier ceux qui, directement ou indirectement, ont contribué à l'accomplissement de cette année ou de cette thèse et, notamment, Monsieur Bernard Buisson, Monsieur Paul-André Crépeau, Monsieur Weber et Madame Evelyne Brugel.

Et tous ceux que j'oublie ici mais que j'associe en pensée à ce travail ou à cette année.

A tous encore merci.

Ce travail est dédié à Valéry, pour son amour, sa compréhension, son don de soi.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
1. Du déclin et du renouveau du <i>jus commune</i> avec l'accroissement du commerce international.	
2. La diversité des systèmes nationaux.	
3. Vers l'élaboration d'un droit international privé : harmonisation ou unification ?	
4. La naissance d'un droit international public : les conventions internationales.	
5. Vers une nouvelle <i>lex mercatoria</i> .	
I. VERS UNE INTERNATIONALISATION DU CONTRAT SANS PRIX.	19
A. LA PREMIERE PIERRE : LA CONVENTION DE VIENNE.....	20
1. Un compromis inutile.	
a) L'élaboration de la convention de Vienne.	
b) L'adoption des articles 14 et 55.	
2. La difficile conciliation des articles 14 et 55.	
a) Du compromis diplomatique aux querelles doctrinales.	
b) Une jurisprudence s'affranchissant difficilement du contexte national.	
B. L'EDIFICE : LES PRINCIPES GENERAUX D'UNIDROIT	33
1. Le processus d'élaboration de la nouvelle <i>lex mercatoria</i> .	
a) De la 'codification progressive' aux 'règles uniformes' du droit du commerce international.	
b) Vers les principes généraux du droit du commerce international.	
2. Nouveaux principes, nouvelle orientation.	
a) Le texte final des principes généraux d'UNIDROIT.	
b) Le texte final des principes de droit européen des contrats.	
II. L'ADOPTION D'UNE SOLUTION PRAGMATIQUE : L'ENSEIGNEMENT DU DROIT AMERICAIN ET LA PORTEE DE L'OPEN PRICE EN DROIT FRANCAIS.	43
A. L'ENSEIGNEMENT DU DROIT AMERICAIN.....	43
1. Les principes du Uniform Commercial Code.	
a) Iniquité de la common law.	
b) Evolution du droit : nouveau texte, nouveaux principes.	
2. L'application de l'open price	
a) Le processus décisionnel.	
b) Difficultés de la notion.	

B. LA PORTEE DE L'OPEN PRICE EN DROIT FRANCAIS.....	59
1. De la nécessité d'un prix déterminé ou déterminable.	
a) La détermination du prix : Un code et une jurisprudence.	
b) Vers un certain assouplissement à l'égard des contrats de distribution.	
2. Archaïsme et entêtement ?	
a) Une jurisprudence injustifiée et inappropriée.	
b) Les fondements de la jurisprudence française : rôle et pouvoir du juge.	
III. L'AVENIR DE L'ARTICLE 5.7 DES PRINCIPES GENERAUX D'UNIDROIT.....	76
A. ANALYSE DE L'ARTICLE 5.7.....	76
1. L'évolution depuis la convention de Vienne et le UCC.	
a) Evolution depuis la convention de Vienne.	
b) Des principes généraux directement inspirés du UCC.	
2. Critiques de l'article 5.7.	
a) Les errements d'UNIDROIT.	
b) Les changements et ajouts nécessaires.	
B. MISE EN OEUVRE DES PRINCIPES.....	88
1. Application aux contrats internationaux par les arbitres.	
a) Une nouvelle <i>lex mercatoria</i> pour les arbitres.	
b) Les conditions d'application par les arbitres.	
2. Application aux contrats internationaux par les juges nationaux.	
a) L'expérience de la convention de Vienne.	
b) L'avenir des principes devant les juridictions nationales.	
CONCLUSION.....	97
BIBLIOGRAPHIE	101

INTRODUCTION

1. Du déclin et du renouveau du *jus commune* avec l'accroissement du commerce international.

L'heure du déclin des particularismes nationaux et du renouveau du *jus commune* a sonné.¹ Les nouveaux principes généraux d'UNIDROIT en constituent la genèse.²

Le jus commune, caractérisé par la *lex mercatoria* au niveau international, n'est pas une notion nouvelle, tout du moins en Europe.³ Le droit du commerce international est né au Moyen Age, dans les républiques marchandes de l'Italie du Nord⁴ et dans les Flandres,⁵ de la nécessité de règles de droit uniformes à tous les marchands fréquentant les foires de cette époque. C'est un droit essentiellement issu de la pratique et des us et coutumes s'étant instaurés entre les commerçants ; ce que l'on appelait à l'époque le *jus mercatorum*, *jus nundinarum* ou encore *lex mercatoria*. Les foires les plus importantes se situaient en Allemagne à Francfort et Leipzig, dans les Flandres à Bruges et Thourout, en Espagne à

¹Le terme de *jus commune*, ou *ijs commune*, est ici synonyme de "droit commun" international. De nombreux auteurs assimilent cette notion à celle de la *lex mercatoria* alors qu'il s'agissait, historiquement, de deux notions différentes : "Contrairement à la *lex mercatoria*, le droit savant disposait d'une théorie générale du droit, n'abordait les questions particulières qu'à partir de catégories et notions générales, et ne jurerait que par ses autorités écrites (le texte du *Corpus*) et par la logique, plutôt que d'attacher une importance primordiale à l'expérience, aux précédents ou à la pratique" - R.C. Van Caenegem, *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, E. Story - Scentia, 1988, 93. Bonell parle d'une "sort of modern *jus commune* or what is commonly called *lex mercatoria*". M.J. Bonell, "Unification by Non-Legislative Means : The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts" (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 629.

²Les principes généraux du droit du commerce international visent à établir des règles applicables aux contrats et opérations internationales. Ils sont composés de 120 articles, divisés en sept chapitres : Chapitre 1 - General Provision, Chapitre 2 - Formation, Chapitre 3 - Validity, Chapitre 4 - Interpretation, Chapitre 5 - Contest, Chapitre 6 - Performance in General and Hardship, Chapitre 7 - Right to Performance, Termination, Damages and Exemption Clauses". M.J. Bonell, *supra*, note 1, 620.

³The *jus commune* a réglementé le commerce tant terrestre que maritime du XII au XVème siècle. RC. Van Caenegem, *supra*, note 1, 91.

⁴Venise, Pise, Gênes, Amalfi, Florence.

⁵Bruges, Anvers, Amsterdam.

Medina Del Campo et en Champagne à Troyes, Provins et Bar-sur-Aube.⁶ Cependant l'affirmation ultérieure des particularismes nationaux a conduit à la division et au cloisonnement des marchés, entraînant l'éclatement du *jus mercatorum*.⁷ L'idée de droit commun ou *jus commune* disparut définitivement en Europe continentale avec les codifications.⁸

Depuis la fin du XIXème et le début du XXème siècle, un renouveau des échanges internationaux a vu le jour, entraînant un accroissement du volume des contrats internationaux.⁹ Cette renaissance a entraîné dans son sillage un renouveau de la pensée juridique tournée vers un droit moins nationaliste, sans frontière.

Cependant jusqu'à la convention de Vienne, aucun projet de droit de nature substantielle n'avait été élaboré pour répondre au besoin spécifique du commerce international. Cette absence était contestable dans la mesure où des relations commerciales, à l'essence essentiellement internationale, se retrouvaient soumises à des lois nationales :

"Des échanges internationaux, dont le volume, l'intensification, la variété, la complexité, la rapidité, l'aire géographique, les moyens de réalisation sont sans précédents, continuent à être régis par une multitude de droit nationaux qui, réglant de manières diverses les mêmes rapports juridiques, constituent autant d'obstacle au développement du commerce international. On aboutit ainsi inévitablement à ce que les relations commerciales internationales se trouvent régie par des droits nationaux, comme s'il s'agissait de rapports de droit interne. Et, dès lors, les relations commerciales internationales se trouvent, quant à leur régime juridique, dans une contradiction fondamentale entre le caractère international des rapports juridiques par l'intermédiaire desquels elles se réalisent et le caractère national ou interne du droit qui régit ces mêmes

⁶ Y. Loussouarn et J.D. Bredin, *Droit du Commerce International*, Paris, Sirey, 1969, 18.

⁷ Y. Loussouarn, *supra*, note 6.

⁸ R. David, "L'unification ou l'harmonisation législative sans engagement international" (1968) 2 UNIDROIT Yearbook, 770.

⁹ Non seulement les échanges se sont accrus, mais les moyens de communication se sont également multipliés. Le contrat sans prix n'est pas une hypothèse d'école dans le commerce international où les contrats sont conclus par téléphone, télex, E-Mail, EDI etc...

rappports juridiques. Cette contradiction capitale constitue une source inépuisable d'incertitude pour les relations commerciales internationales".¹⁰ (souligné par nous)

Un remède contre le cloisonnement et la division des droits et des marchés devait donc être trouvé. C'est ainsi que le droit international public et privé sont intervenus dans le but de "distribute international jurisdiction, and to allocate a drifting international controversy to the most appropriate legal system".¹¹ Cependant ce système renvoyait toujours au seul droit existant : le droit national. Malheureusement, "the divergences between national choice of law [and law] systems have never disappeared".¹²

2. La diversité des systèmes nationaux.

Le droit international d'aujourd'hui ressemble au droit national français de l'époque de Voltaire qui, déjà, se plaignait de la "diversité" des lois :

"Et n'est-ce pas une chose absurde et affreuse pour ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre. Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume ; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux."¹³

Cette remarque est particulièrement vraie en matière de détermination du prix dans le contrat. On sait qu'en fonction du droit national applicable, le prix constitue un élément essentiel ou un simple accessoire du contrat.¹⁴ La meilleure illustration réside dans la

¹⁰T. Popescu, "Le droit du commerce international: Une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle *lex mercatoria* ?" dans UNIDROIT, *New Directions in International Trade Law*, VI., US, Oceana Publications, Inc., 1977, 21.

¹¹T.M. de Boer, "The Relation between Uniform Substantive Law and Private International Law" dans A. Hartkamps *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Dordrecht, Nijmegen Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 54.

¹²T.M. de Boer, *supra*, note 11, 54.

¹³Oeuvres de Voltaire, VII, 1983, Dialogues, 5. Cité dans O. Lando, "Is codification needed in Europe ? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law" (1993) I European Review of Private Law, 160.

¹⁴Le prix constitue la somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur (G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 1987) ou, plus largement, la contrepartie en argent d'une autre prestation (D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats, Etude de droit comparé*, Paris, Pédone, 1982).

comparaison entre le droit français et le droit américain. En droit français, comme dans la plupart des systèmes civilistes,¹⁵ le prix est un élément essentiel du contrat. En vertu de l'article 1591 du Code civil, "le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties". En vertu de l'interprétation jurisprudentielle de cet article, le prix d'un contrat de vente doit être déterminé ou déterminable. A défaut, "il n'y a point vente", donc pas de contrat.¹⁶ Cette jurisprudence a par ailleurs été étendue à d'autres contrats que ceux de vente, sur le fondement de l'article 1129 du code civil.¹⁷ Il s'agit donc là d'un principe étendu et bien établi qui, on le verra, a la vie dure... En comparaison, le droit américain adopte une position extrêmement souple puisqu'en vertu de la section 2-305 du Uniform Commercial Code¹⁸ un contrat peut valablement être conclu sans qu'aucun prix n'ait été fixé lors de sa conclusion. Les parties pourront toujours s'accorder ultérieurement ou, à défaut, un tiers ou un juge pourra fixer, en toute liberté, un prix raisonnable. Ces deux systèmes juridiques consacrent donc deux principes différents. Or, les conséquences pratiques de ces divergences peuvent être vitales. Prenons l'exemple d'un contrat conclu entre un français et un américain. Aucun prix n'a été spécifié dans le contrat. Dans l'hypothèse où le litige serait porté devant un juge français, appliquant le droit français, celui-ci jugerait que le prix est un élément essentiel du contrat et qu'en son absence, aucun contrat n'a pu être valablement conclu, qu'en conséquence le contrat n'existe pas. Au contraire, si l'affaire était portée devant un juge américain, appliquant le droit américain,

¹⁵Malgré tout l'intérêt d'une étude comparative plus large, cette étude se limitera au droit français. Pour une analyse comparée, voir D. Tallon, *supra*, note 14.

¹⁶Article 1592 du Code Civil, "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." Ceci reprend par ailleurs l'interprétation de Portalis selon laquelle "l'accord qui est nécessaire pour opérer la vente ne peut exister s'il ne porte sur la chose et sur le prix," Portalis, *Locre*, t.14, p.132, cité dans J. Ghestin, "L'indétermination du prix et la condition potestative" D.1973 Chr.294.

¹⁷L'article 1129 figure dans le Titre Troisième "Des contrats ou des obligations conventionnelles" de la Section III traitant "De l'objet et de la matière des contrats". En vertu de ce dernier, "Il faut que la convention ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée."

¹⁸ Article 2-305 Uniform Commercial Code (ci-après UCC) *Twelfth Edition, 1990, Official Text with Comment*, US, West Publishing Co., 1990 - Open Price Term. Les diverses versions officielles du UCC, dont la dernière date de 1990, ont été adoptées séparément par les états américains. Certains y ont introduit quelques modifications. Les divergences ne sont guère significatives en matière de prix. (Hormis le cas de la Louisiane qui ne sera pas étudié ici, mais qui se rapproche du modèle français).

celui-ci conclurait que, dès lors que les parties ont entendu être liées, l'indétermination du prix n'a aucune importance et, si les parties ne s'accordent pas sur sa fixation, le juge a le pouvoir de le fixer lui-même. La validité du contrat est donc en jeu.

Ces états de droit et de fait sont déterminants en matière de contrats internationaux. En effet, une relation internationale ne devrait pas s'attacher à un pays ou un système de droit particulier. Or, les partenaires économiques doivent se tourner vers leurs droits nationaux (en cas de difficultés dans l'exécution d'un contrat international), puisqu'aucun droit international n'est mis à leur disposition.¹⁹ A l'heure de la mondialisation des relations internationales -avec le développement du GATT²⁰, de l'ALENA²¹, et des Communautés Européennes- le cloisonnement des systèmes de droit n'est plus viable et doit faire place à une harmonisation ou une unification des principes du commerce international.²² C'est vers cet objectif qu'un droit international privé en devenir s'est tourné²³.

¹⁹Ce recours aux droits nationaux correspondait à la méthode traditionnelle nationaliste (ou conflictuelle) "selon laquelle les tribunaux des états, lorsqu'ils sont confrontés à un problème d'interprétation de convention internationale ou de loi uniforme existante, doivent trouver une solution sur la base de critères et de principes fournis dans les lois nationales, plus précisément dans la loi nationale qui sera compétente d'après la loi de conflit du for". M.J. Bonell, "A Restatement of Principles for International Contracts : An Academic Exercise or a Practical Need" (1988) *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 873.

²⁰General Agreement on Tariffs and Trade ou Accord Général sur les échanges et les tarifs douaniers.

²¹Association de Libre Echange nord-américaine.

²²Il est devenu indispensable d'éviter les solutions nationales. Il s'agit d'interpréter et de compléter la loi uniforme en accord à la fois avec des critères et des principes autonomes internationalement uniformes. M-J Bonell, "A Restatement... ", *supra*, note 19.

²³On peut toutefois se demander si cette harmonisation est réalisable et souhaitable. Comme le souligne M. Boodman, "the myth of harmonization of laws, as goal for law reform, is inherently meaningful and desirable. Ultimately, the myth of harmonization of laws is the product of the myth of comparative law. The assumption that it is a field of inquiry distinct from those of law and legal theory and the denial of the commensurability of law and legal system. Harmonization is not necessarily wrongful or unattainable. Its mythical qualities, however, tend to inhibit the discourse and analysis necessary for meaningful law reform". M. Boodman, "The Myth of Harmonization of Laws" (1991) 39 *American Journal of Comparative Law*, 724. Il en va de même pour l'unification qui se trouve être limitée à certains aspects des droits nationaux. M.J. Bonell, "A restatement... ", *supra*, note 19, 873.

3. Vers l'élaboration d'un droit international privé : harmonisation ou unification ?

La distinction entre l'harmonisation et l'unification a longtemps monopolisé l'énergie et la réflexion des comparatistes.²⁴ Avant de s'attaquer à la substance, encore convenait-il de choisir la meilleure méthode d'approche. Ces deux notions se distinguent difficilement. On définira ici l'unification comme "tout procédé ayant pour but d'assurer que les règles juridiques ayant un même contenu soient insérées dans deux ou plusieurs systèmes de lois "²⁵ et l'harmonisation comme "a process in which diverse elements are combined or adapted to each other so as to form a coherent whole while retaining their individuality. The creation of a relationship between diverse things."²⁶ Quelle que soit la méthode retenue, "la préoccupation essentielle doit être de reconstituer un droit commun dont l'autorité soit reconnue dans les divers Etats ",²⁷ ceci afin de créer un système de droit international à côté des systèmes nationaux - un nouveau *jus commune* ou *lex mercatoria* en quelque sorte.²⁸ Ce système international doit être élaboré par la communauté internationale.²⁹ L'unification et l'harmonisation du droit représentent un fait et une nécessité en dépit de toutes les différences existant aujourd'hui entre les Etats. L'objectif est de faire abstraction des ordres et des systèmes juridiques qui existent dans les différents pays, sans toutefois les dissimuler ou les passer sous silence ; au contraire, "il faut précisément les mettre en relief dans leur totalité et dans leur essence afin de mieux harmoniser ou unifier."³⁰

²⁴A. Malintoppi, "Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux" (1968) 2 UNIDROIT Yearbook, 43.

²⁵A. Malintoppi, *supra*, note 24, 43.

²⁶M. Boodman, "The Myth of Harmonization of Laws", *supra*, note 23, 702.

²⁷R. David, *supra*, note 8, 87.

²⁸La *lex mercatoria* s'entendra ici de "l'ensemble des règles et pratiques reçues ou provoquées par le commerce international". I. Fadlallah, "Le projet de Convention sur la vente de marchandises" (1979) 106 Journal de Droit International, 766.

²⁹M.-J. Bonelli, "A 'Restatement'", *supra*, note 19.

³⁰B. Blagojevic, "Les procédés d'unification ou d'harmonisation les plus appropriés dans les relations entre pays ayant des régimes économiques et juridiques différents" (1968) 2 UNIDROIT Yearbook, 123.

4. La naissance d'un droit international public : les conventions internationales.

C'est dans ce but d'unification et d'harmonisation que diverses institutions -comme la Commission des Nations Unies pour l'Unification du Droit du Commerce International³¹ (CNUDCI ou UNCITRAL) ou l'Institut pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT)- ont été créés.³² La mission de l'Institut consistait à "étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les Etats ou entre les groupes d'Etats et à préparer graduellement l'adoption, par les divers Etats, d'une législation de droit privé uniforme."³³ Depuis sa création, UNIDROIT a fait preuve d'une activité intensive.³⁴ L'Institut a participé, dès 1929, à la rédaction de diverses conventions internationales destinées à régir les contrats internationaux. Un projet préliminaire de droit uniforme pour les contrats de vente fut élaboré dès 1935, mais la seconde Guerre Mondiale et la reconstruction interrompirent les travaux pendant plusieurs années. En avril 1964, alors que les Etats-Unis venaient de se joindre aux travaux,³⁵ une conférence diplomatique de 28 Etats se tint à la

³¹La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International a été créée en 1966 par l'Assemblée Générale des Nations Unies. La Commission est chargée de réduire ou de supprimer les obstacles juridiques entravant le commerce international et a pour mandat, notamment, d'obtenir une participation plus large aux conventions internationales, de préparer de nouvelles conventions, des lois types ou uniformes et d'en encourager l'adoption. Il y avait 29 Etats adhérents en 1966 et 36 en 1973. La Commission a son siège à New York à l'ONU et son secrétariat à Vienne. D. Struyven, "Les activités de la CNUDCI" (1992) 69 *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 283.

³²UNIDROIT est née d'une proposition faite par le gouvernement Italien, le 26 septembre 1924, à l'Assemblée de la Société des Nations. Il s'agissait de créer à Rome un Institut International pour l'Unification du Droit Privé. Le 30 septembre 1924, l'Assemblée décida que les pouvoirs et fonctions du nouvel Institut, ainsi que la constitution de son conseil de direction, seraient déterminés par le Conseil, de concert avec le Gouvernement Italien. Le 3 octobre 1924, le Conseil de la SDN, conformément à cette décision, accepta l'offre du Gouvernement Italien, ce dernier s'engageant à verser à l'Institut une contribution annuelle destinée à son fonctionnement. M. Pilotti, "L'activité de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (1926-1946)" dans UNIDROIT, *International Institute for Private Law, Unification of Law*, V.1, *supra*, note à la p. 14.

³³M. Pilotti, *supra*, note 32, 14.

³⁴Que se soit au niveau de conventions ou de lois uniformes, UNIDROIT a été à l'origine de nombreux textes ou projets dans tous les domaines du droit international.

³⁵H. Landau, "Background to U.S. Participation in United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1984) 18 *International Lawyer*, 29.

Haye. A l'issue de celle-ci la *Convention portant loi uniforme sur la vente internationale d'objet mobiliers corporels* (LUVI) et la *Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale de biens mobiliers corporels* (LUFC) furent adoptées.³⁶ Leur mise en vigueur fut soumise à la ratification minimale de 5 Etats.³⁷ Cependant ces deux premières conventions eurent une piètre portée internationale en raison de la vue essentiellement européenne de leurs dispositions. Aux fins de promouvoir une harmonisation ou une unification plus étendue, voire mondiale,³⁸ l'Organisation des Nations Unies créa la CNUDCI. Les travaux d'UNIDROIT, repris par la CNUDCI, menèrent à l'adoption, le 11 avril 1980, de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.³⁹ La Convention de Vienne constituait le premier pas dans la voie d'une harmonisation plus poussée.

³⁶E-A. Farnsworth, "The Vienna Convention: History and Scope" (1984) 18 *International Lawyer*, 17. Texte des conventions de 1964, (1964) 3 *International Legal Materials*, 855.

³⁷Le nombre requis fut atteint en 1972. Ont adhéré : la Belgique, la République Fédérale d'Allemagne, la Gambie, Israël, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, San Marino et le Royaume-Uni. E.-A. Farnsworth, *supra*, note 36.

³⁸Le nombre d'Etats membres de la CNUDCI était fixé à 36 Etats. Chaque régions du monde y est représentée : l'Afrique (9 membres), l'Asie (7 membres), L'Europe de l'Est (5 membres), l'Amérique Latine (6 membres), l'Europe de l'Ouest, les Etats-Unis, l'Australie et le Canada (9 membres). Chaque pays y siège par intermittence.

³⁹*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises - Official Record of the United States Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods - United Nations Document A/CONF.97/19* ; (United Nations Sales Publication n° E 81 IV 3) ou UNCITRAL Yearbook (1980), Vol. XI Part Three, 1 (United Nations Sales Publication Mo. E 81 V 8) Ci-après "convention de Vienne". La convention est entrée en vigueur le 1er janvier 1988 entre les états signataires. Le nombre minimum de dix ratifications, nécessaire à la mise en oeuvre, fut atteint le 11 décembre 1986, à la suite de la ratification par la Chine, l'Italie et les Etats-Unis. En 1993, 36 pays avaient ratifié la convention. La France, les Etats-Unis (avec réserve sur l'article 95) et le Canada (avec réserve en 1992, sans réserve depuis 1993) font partie de ceux-ci. B. Koren, "La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises" (1987) 539 *Droit et Affaires*, 218.

5. Vers une harmonisation de droit privé.

Après être longtemps resté dans l'ombre de la CNUDCI, UNIDROIT a finalement gagné en autonomie et en prestige. Fort de cette renommée, l'Institut s'est engagé, depuis les années 1970, dans la voie de la codification progressive du droit du commerce international,⁴⁰ devenu progressivement la rédaction des principes généraux du droit du commerce international.⁴¹ Dans l'élaboration de ces principes, UNIDROIT avait pour objectif de faciliter la tâche des juges nationaux dans la recherche comparative du droit applicable au contrat international qui leur était soumis. La tâche d'unification n'a pas été aisée. Aux pièges du langage, à la discordance des concepts et l'opposition des styles s'ajoutaient la préférence inavouée pour son propre droit et la méfiance tout aussi inavouée pour le droit de l'autre.⁴² En effet "Civil law is considered by others to be uncommon and common law appears somewhat uncivil".⁴³ Cette méfiance et cette préférence s'étaient tout particulièrement manifestées, lors de la négociation de la convention de Vienne, sur la question de la détermination du prix dans les contrats internationaux. Afin d'éviter un

⁴⁰Les travaux en vue de la " Progressive Codification of International Trade Law " ont débuté en mai 1970 à la suite de la remise, par le professeur Popescu, d'un rapport sur la faisabilité du projet. Cette étude préliminaire concluait de la manière suivante : " A progressive codification of law on international trade doubtless constitutes a process that is considerably broad in scope, of long duration and full of difficulties that are far from being negligible. But it would be inconceivable, on one hand, to allow international trade to be governed by a multitude of municipal laws, thus leading to an intolerable state of affairs, and on the other hand to leave to practice alone any attempt to settle any such legal issues as may arise in international trade. The conclusion which one is therefore permitted to reach from the foregoing is that it is indispensable to proceed, forthwith, with a progressive codification of the law on international trade ", U.D.P. 1970, Etudes L, Doc.1, Rome, UNIDROIT, 1970.

⁴¹L'appellation première du projet comportait, en raison du terme même de " codification ", une sorte connotation civiliste. Cette orientation va changer en 1986 à la suite de l'accueil au sein du comité rédactionnel du professeur E-A. Farnsworth. Study L, P.C. Misc.8, *Report on the Meeting Held in Postdam-Babelsberg* (November 28-30, 1985). Ce changement est également lié à la constatation que "codification can be the enemy of reform and substantive improvement in the quality of justice". A. Rosett, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law" (1992) 40:3 *American Journal of Comparative Law*, 68 et 687.

⁴²D. Tallon, "L'harmonisation des règles du droit privé entre les pays de droit civil et de common law" (1990) 2 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 519.

⁴³F. Werro, "L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et pays de common law" dans *Rapports Suisse présentés au XIIIème Congrès International de Droit Comparé*, Montréal, 19-24 août 1990, Zurich, Schulthess Polygraphisher Verlag, 1990, 53.

nouvel affrontement d'intérêts nationaux, UNIDROIT a décidé d'élaborer des principes, et non une nouvelle convention, et de confier ce travail à des personnalités indépendantes.⁴⁴

De son côté, la Communauté Européenne s'est également préoccupée des divergences existant, en matière de contrat, entre les systèmes de droit de la Communauté. Cet objectif est né d'une résolution du Parlement Européen, dans laquelle il était déclaré que "unification can be carried out in branches of private law which are highly important for the development of a Single Market, such as contract law".⁴⁵ UNIDROIT et la Commission européenne chargée de cette mission⁴⁶ ont évolué en étroite collaboration, regroupant parfois les mêmes participants.⁴⁷ La substantifique moelle du texte d'UNIDROIT et celui des principes européens -relativement au prix- est sensiblement similaire⁴⁸ et, bien que les principes européens de droit des contrats aient une portée moindre que les principes généraux d'UNIDROIT,⁴⁹ ils participent de la même philosophie, à savoir, la formulation d'une nouvelle *lex mercatoria*.

⁴⁴ Ce groupe comprenait à l'origine le Professeur Ulrich Drobnig (Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Hamburg), le Professeur Ole Lando (Institute of European Market Law, Copenhague), M. Dietrich Maskow (Institut für Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung, Potsdam-Babelsberg) et le Professeur Jerzy Rajska (Institut de Droit civil comparé, Varsovie), ainsi que le Professeur Marcel Fontaine (Centre de Droit des Obligations, Louvain-la-Neuve). Il s'est progressivement élargi en accueillant aussi les Professeurs C. Massimo Bianca (Université de Rome I), Paul-A. Crépeau (Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec), E. Allan Farnsworth (Columbia University Law School, New York) et Michael E. Furmston (University of Bristol), M. Arthur Hartkamp (avocat général à la Cour suprême des Pays-Bas), le Professeur Denis Tallon (Institut de Droit comparé de Paris), MM. Tony Wade (Institut Asser, La Haye), WANG Zhenpu (Department of Treatises and Law, Beijing) et S. K. Date-Bah (Commonwealth Secretariat, Londres). Un professeur d'Union Soviétique a également rejoint le groupe à sa dernière réunion. Les travaux se sont déroulés sous la présidence du Professeur Joachim Bonell (Université de Rome I).

⁴⁵ Résolution du 26 mai 1986, JOCE C 158/401, 26 juin 1986.

⁴⁶ La Commission est composée de 17 membres des divers pays européens, sélectionnés par leurs gouvernements bien qu'ils ne soient pas considérés comme les représentants officiels de ceux-ci. A. Hartkamp, *supra*, note 11.

⁴⁷ O. Lando et D. Tallon, pour ne citer qu'eux.

⁴⁸ Comme le souligne A. Hartkamp, "the solutions chosen by the groups mostly are closely comparable. Indeed, it is difficult to find any notable differences". A. Hartkamp, *supra*, note 11, 49.

⁴⁹ Dans les objectifs des Principes des Contrats Européens, figurent "the facilitation of cross-border trade within Europe, the strengthening of the Single European Market, the creation of an infrastructure for Community laws governing contracts, the provision of guidelines for national courts and legislatures, the construction of a bridge between the civil law and the common law". O. Lando & H. Bacic, *The Principles of European Contract Law* (à paraître).

6. Vers une nouvelle *lex mercatoria*.

Si le terme semble renaître de ses cendres, la *lex mercatoria* de demain ne s'identifie cependant pas à celle d'hier. Comme le souligne David :

“ La *lex mercatoria* du Moyen Age s'est développée pour suppléer aux insuffisances d'un droit statique, fait pour des communautés essentiellement rurales, repliées sur elles-mêmes et menant à une vie conforme à la tradition. Aucune autorité publique ne se reconnaissait alors compétence pour élaborer un droit nouveau et cette tâche a été prise en charge par la communauté nouvelle que constituait les marchants, dotés de priviléges par les pouvoirs publics. Aujourd'hui le législateur domine et le droit s'identifie, pour beaucoup, à la volonté de celui-ci. ”⁵⁰

La question est donc ici de savoir si, et dans quelle mesure, les législateurs nationaux autoriseront la création d'un droit propre aux commerçants.⁵¹

Avec la parution en mars 1994 des principes généraux du droit du commerce international, UNIDROIT s'engage dans la voie d'une internationalisation du contrat sans prix. L'optique est clairement celle de la souplesse du fait de l'adoption du contrat sans prix ou "open price". Dans la consécration de cette pratique, la convention de Vienne ne constituait que la première pierre d'un édifice qui, aujourd'hui, s'élève. L'adoption de cette solution pragmatique est nettement influencée par le système de l'open-price prévu par l'article 2-305 du Uniform Commercial Code. Elle s'éloigne par contre radicalement de la position française. Ce choix n'est pas sans conséquence au niveau international et il nous appartiendra de déterminer l'avenir de ces principes auprès des autorités nationales, législatives et judiciaires.

⁵⁰ R. David, "Le droit du commerce international: Une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle *lex mercatoria* ?" dans UNIDROIT, *New Directions in International Trade Law*, VI. *supra*, note, 5. Voir aussi, R. David, *supra*, note 8, 77.

⁵¹ Il se peut que, dans la pratique, des contrats sans prix soient conclus entre commerçants. Ceci est d'ailleurs assez courant en cas de relations commerciales suivies. Il n'en demeure pas moins, pour la France que la notion de prix est encrée dans les esprits et que l'on envisage rarement de contracter sans avoir au préalable "parlé prix". Il existe également des domaines particuliers (bourse, contrats d'adhésions ...) où des contrats sans prix sont adoptés. Mais cela ne fera pas l'objet ici de plus amples développements.

Afin de mieux parvenir à cette analyse, il conviendra, dans un premier temps, de se rappeler le cheminement de la détermination du prix depuis la convention de Vienne -où un compromis avait difficilement été trouvé- jusqu'à l'adoption des nouveaux principes par UNIDROIT -où cette fois la transition ne semble pas avoir été douloureuse-. Dans un deuxième temps, il sera procédé à une analyse comparée entre les systèmes de droit américain, de droit français et le nouvel article 5.7 des principes généraux. Fort de cette comparaison, une critique constructive de l'article 5.7 des principes sera entreprise dans une troisième partie, suivie de l'analyse d'applicabilité de ces principes devant l'arbitre et les juges nationaux.

I. VERS UNE INTERNATIONALISATION DU CONTRAT SANS PRIX.

Bien qu'adoptée en 1980, la convention de Vienne n'est en vigueur que depuis 1988. Malgré un handicap premier, dû à la méconnaissance de la convention⁵² et au fait que le droit international et le droit comparé soient encore perçus comme des domaines réservés aux initiés,⁵³ la convention n'en a pas moins connu un succès certain.⁵⁴ Le bilan général de huit années d'existence est, de manière générale, plutôt positif. Néanmoins, les dispositions relatives au prix n'ont pas connu la postérité de la quasi-totalité du texte. Ce résultat n'est cependant pas surprenant dans la mesure où le compromis relatif aux articles 14 et 55 avait conduit à l'adoption de deux textes contradictoires. La convention de Vienne n'en constitue pas moins la première pierre d'un édifice qui devait prendre forme au cours de ces vingt dernières années.⁵⁵ Les principes généraux sont parvenus là où les représentants nationaux n'avaient pas pu aller. Les principes d'UNIDROIT constituent un nouvel espoir, un renouveau -ou un aboutissement- du droit international privé.

⁵²Il a été constaté aux Etats-Unis que la convention était encore inconnue de beaucoup d'avocats. S. Hancock, "A Uniform Commercial Code for International Sales? We Have It Now" (1995) 67:1 N.Y.State Bar Journal, 21 : "An American lawyer (...) must be aware of a critically important aspect of the Sales Convention. Unless the parties indicate it does not apply, the Sales convention will be the governing law-pertaining to all commercial contracts for the sale of goods between parties having their places of business in different countries which have adopted the Convention. Also, when the parties so agree, the Sales Convention will apply even though neither of their countries has ratified it. In addition, even when the convention is not controlling, it is increasingly recognized (by courts and arbitral tribunals) as a law merchant (*lex mercatoria*) source of norms to be applied to international transactions".

⁵³F. Werro, *supra*, note 43, 68.

⁵⁴"En effet, "an American Lawyer should have no difficulty with the Convention. Though civil law in form (a statement of general principles without an excessive number of detailed rules), the Convention is basically common law in substance. In fact, one may view the Convention as a triumph of the UCC's approach to contract law. There are, of course, certain exceptions. Most importantly, there is no statute of frauds in the Convention. Thus, oral contracts are possible between residents of contracting parties. In addition, the 'battle of forms' may be resolved differently under the Convention than under the UCC. However, these differences should not preclude American lawyers from using the Convention, which is a well-balanced, carefully international agreement." R. Rendel, "The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview" (1989) 15:1 Brooklyn Journal of International Law, 42.

⁵⁵"The Convention is the culmination of over fifty years of planning and discussion that sought to codify a *lex mercatoria* or "law merchant". T. Tuggey, "The 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Will a Homeward Trend Emerge ? (1986) 21 Texas International Law Journal, 540.

A. LA PREMIERE PIERRE : LA CONVENTION DE VIENNE.

Malgré la contradiction des articles 14 et 55, que ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont su juguler, ces deux articles ont servi de point de départ à la réflexion puis à la rédaction de l'article 5.7 des principes généraux.

1. Vers un compromis inutile.

L'élaboration et l'adoption des articles 14 et 55⁵⁶ ont donné lieu à tellement de difficultés qu'un compromis applicable a été impossible à atteindre.⁵⁷

a) L'élaboration des articles 14 et 55.

La rédaction des articles 14 et 55 a fait l'objet, dans le cadre de groupes de travaux successifs, de diverses propositions, de nombreux amendements et de vives discussions.⁵⁸

La contradiction entre les articles 14 et 55 s'explique historiquement par l'opposition des pays en voie de développement, des pays socialistes et des pays civilistes à l'inclusion dans la convention de l'article 55.⁵⁹ Cette opposition était surtout économique pour les deux

⁵⁶Article 14 : " 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 ou donne des indications permettant de les déterminer "

Article 55 : " 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 au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables."

⁵⁷Comme le souligne A. Garro, "The convention is the result of a compromise rather than an consensus, and not all of the compromises reached at the Vienna Conference can be categorized as workable". (A. Garro, "Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1989) 23 *International Lawyer*, 443) Lorsqu'un compromis n'a pu être réalisé, les rédacteurs n'ont pas hésité à admettre une véritable contradiction à l'intérieur de la convention.

⁵⁸Sur cette question voir C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Milan, Giuffrè, 1987, 132 et 401.

⁵⁹" The main question was whether the article should be included in the Convention. There were two major arguments against inclusion: (a) since the price belongs to the *essentialia negotii* of a contract, there can be

premiers. En effet, un contrat international a des répercussions certaines sur les mécanismes de l'importation et de l'exportation d'un pays et par voie de conséquence sur son économie.⁶⁰ Une détermination du prix dépendant uniquement du vendeur ne pouvait qu'être arbitraire et dangereuse pour ces pays. Ces divergences d'intérêts s'étaient déjà manifestées lors la négociation des conventions de la Haye, en 1964. A cette époque, l'article 57 prévoyait que : " lorsque la vente est conclue sans que le prix ait été déterminé par le contrat, directement ou par référence, l'acheteur est tenu de payer le prix habituellement pratiqué par le vendeur lors de la conclusion du contrat."⁶¹ Lors de la préparation de l'article 55 de la convention de Vienne, les rédacteurs avaient pensé adopter la même formulation. C'était sans compter que, cette fois, les pays du tiers monde et les pays socialistes avaient voix au chapitre. Il a été soutenu que le projet de la convention de Vienne ne favorisait aucune des parties,

" Article 55 provides for a price 'generally charged at the time of the conclusion of the contract', which is arguably more balanced as both parties presumably knew the market conditions at the time they chose to enter the contract ",⁶²

et que la partie la plus faible n'était pas toujours celle que l'on croyait :

" In relations between industrialized and developing countries it is not always the party from the south who is the weaker party. Observance of goods faith means to observe such a conduct as is normal among tradesmen. As international trade is dominated by intense competition, exaggerated requirements cannot be deduced therefrom. Thus, this principle by no means implies the establishment of material justice between the parties ".⁶³

no contract if the price is not determined or determinable; and (b) the article involves the problem of validity which is expressly outside the scope of the Convention ". Cité dans C.M. Bianca & M.J. Bonell, *supra*, note 58, 3 et 401.

⁶⁰F. Adami, "Les contrats Open Price dans la convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1989) Revue de Droit des Affaires Internationales, 103.

⁶¹Article 57 de la LUFI.

⁶²R. Lavers, "CISG: To Use, or Not to Use?" (1993) 1 International Business Lawyer, 13.

⁶³F. Enderlein, "Uniform Law and its Application by Judges and Arbitrators" dans UNIDROIT, *International Uniform Law in Practice*, Rome, UNIDROIT, 1988, 342.

Il n'en demeure pas moins qu'un certain déséquilibre existe, et que "the fact is that export or import transactions are often entered into by parties who do not possess equal bargaining power."⁶⁴ Cette réalité ne saurait être ignorée ou écartée au nom de la libre concurrence sous peine de la non adoption, par les pays du tiers-monde et les pays socialistes, de la convention de Vienne. Les pays du tiers-monde n'y étaient pas favorables puisque cela les soumettaient aux variations imprévisibles des marchés occidentaux⁶⁵:

"It is not believed that the rule adopted in the Convention serves the interest of many developing countries, whose teams of negotiators in international sale transactions may not be as experienced as their counterparts from the developed countries. If a contract can be formed without an agreement on price, this would create the danger of buyers being landed, after vague negotiations, with sales contracts whose contract prices would be imposed by courts; many such courts would be in developed countries and could impose unreasonably high prices for manufactured goods. Such contract prices would tend to be the seller's prices, but as is well known, the prices of raw materials, the main exports of the developing countries, tend to be fixed in the commodity markets of the developed world, while the prices of manufactured goods are usually determined by the manufacturers themselves, who are usually situated in the developed countries."⁶⁶

De même, pour les pays socialistes, la pratique de l'open price aurait été à l'encontre du principe selon lequel les parties doivent se conformer à ce qui avait été prévu par le plan national⁶⁷:

"The main function of contracts in socialist countries is to help the state fulfil its national plan. Contract law is therefore characterized by general principles. Contracting parties are under state direction. They work, ultimately, not for their own gain, but for and on behalf of the state. An overriding consideration is the principle of "socialist cooperation". Parties deal not at arm's length, but owe each other a duty to obtain mutually satisfactory results".⁶⁸

⁶⁴M-J. Bonell & C.M. Bianca, *supra*, note 58, 3.

⁶⁵H. Hartnell, "Rousing the Sleeping Dog : The Validity Exception to the Convention on Contracts for International Sale of Goods" (1993) 18 Yale Journal of International Law, 66.

⁶⁶S. Date-Bah, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980: Overview and Selective Commentary" (1979) 11 Review of Ghana Law, 55.

⁶⁷H. Hartnell, *supra*, note 65, 66.

⁶⁸S. Zwart, "The New International Law of Sales : A Marriage Between Socialist, Third World, Common and Civil Law Principles" (1988) 13 North Carolina Journal of International Law and Commercial Arbitration, 114.

Concernant les pays de droit civil et notamment la France, l'article 55, tel que proposé par les rédacteurs, s'engageait dans une voie opposée à celle de leur tradition juridique exigeant la fixation d'un prix.⁶⁹

b) L'adoption des articles 14 et 55.

Malgré l'opposition constante de ces pays à l'introduction de l'article 55 dans la convention de Vienne, celui-ci fut adopté à 40 voix favorables contre 5 défavorables et 5 abstentions.⁷⁰

L'article 14 se situe dans la deuxième partie relative à la formation du contrat de vente et plus précisément à l'offre, tandis que l'article 55 est intégré dans la troisième partie relative aux effets du contrats et plus précisément aux obligations de l'acheteur. Ces articles prévoient respectivement que, article 14 :

“ 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 ou donne des indications permettant de les déterminer”,

et, article 55, que :

“ 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 au prix habituellement pratiqué au moment de la

⁶⁹Les articles 14 et 55 sont en réalité issus "d'une dualité de conception et non d'un compromis véritable". Y. Derains & J. Ghestin, *La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Paris, L.G.D.J., 1990, 74.

⁷⁰62 Etats et 8 organisations internationales participaient à la conférence. La convention a été votée article par article, M.-J. Bonell, *supra*, note 58 ,6. Les dispositions ont été adoptées par la CNUDCI par 41 voix favorables et 5 abstentions pour l'article 14 et 40 voix favorables contre 3 défavorables et 5 abstentions pour l'article 55. Le calcul des voix démontre que toutes les parties n'étaient pas présentes lors du vote de chacune des dispositions. J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, NL, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 480.

conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables."

La simple lecture de ces deux articles révèle un problème d'application simultanée des deux textes, puisque l'article 14 exige la fixation d'un prix tandis que l'article 55 envisage l'hypothèse d'un contrat sans prix. Le secrétariat d'UNCITRAL prévoyait l'interprétation suivante de l'article 14 :

"Thus, for the proposal to constitute an offer it must expressly or implicitly fix or make provision for the price. It is not necessary that the price could be calculated at the time of the conclusion of the contract. For example, the offer, and the resulting contract, might call for the price to be that prevailing in a given market on the date of delivery, which date might be months or even years in the future. In such a case the offer would expressly make provision for determining the price".⁷¹

De même, le commentaire du secrétariat, pour l'article 55, était que :

"Article 55 provides a means for the determination of the price when a contract has been validly concluded but the contract does not state a price or expressly or impliedly make provision for its determination.

Article 14(1) provides that a proposal for concluding a contract is sufficiently definite so as to constitute an offer if, *inter alia*, "it ... expressly or implicitly fixes or makes provision for determining ... the price". Therefore, article 55 has effect only if one of the parties has his place of business in a Contracting State which has ratified or accepted this Convention as to Part III (Sales of goods) but not as to Part II (Formation of the contract) and if the law of that State provides that a contract can be validly concluded even though it does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price".⁷²

Malgré l'orientation de l'interprétation, ce commentaire n'avait aucune force obligatoire et ne résolvait aucunement la contradiction des textes, comme cela allait résulter de la doctrine et de la jurisprudence.

⁷¹Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the secretariat. Document A/Conf. 97/5 reprinted in UN Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records 14-66 (1981), 21.

⁷²Commentary, *supra*, note 71, 23.

2. La difficile conciliation des articles 14 et 55

Lors de l'adoption des textes des articles 14 et 55, les représentants espéraient que la jurisprudence saurait réconcilier les deux textes et interpréter uniformément la Convention.⁷³ C'était sans compter les traditionnelles querelles doctrinales et le chauvinisme des juridictions nationales.

a) Du compromis aux querelles doctrinales.

La convention de Vienne a fait couler beaucoup d'encre.⁷⁴ Les nombreux auteurs qui se sont penchés sur cette contradiction ont trouvé les articles soit inconciliables,⁷⁵ soit complémentaires.⁷⁶ Les principaux arguments sont les suivant :

Un premier courant doctrinal soutient que les articles sont inconciliables et que l'article 55 ne joue que lorsque l'article 14 n'est pas applicable.⁷⁷ Donc dans les hypothèses où l'article 14 est expressément écarté soit par les parties, -comme pouvoir leur en est conféré par l'article 6 de la Convention⁻⁷⁸ soit par les usages ou habitudes établis entre les parties, -en

⁷³Selon Stoffel, "Il ne faut pas surestimer la contradiction. Les tribunaux pourront sans doute vivre avec elle. L'article 55 leur donnera la possibilité de maintenir un contrat en appliquant le prix défini dans cette disposition, dès que la volonté des parties de conclure peut être prouvée par d'autres moyens, même lorsque le prix n'est pas fixé". M. Stoffel, *Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985, 77.

⁷⁴Pour une bibliographic complète, voir C.M. Bianca & M-J. Bonell, *supra*, note 58, 843.

⁷⁵V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris, G.L.N. Joly, 1992, 174. Voir aussi Eörsi, cité dans M-J. Bonell, *supra*, note 58, 144, pour qui " Article 14 provides that an offer should also either include the price or make provision for determining it. At the same time, article 55 provides for a situation in which a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price. As there is no offer without an indication for the price, a contract without such an indication seems to be a manifest contradiction. "

⁷⁶La contradiction n'était qu'apparente, F. Adami, *supra*, note 60.

⁷⁷J-P. Plantard, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : La convention des Nations-Unies du 11 avril 1980" (1988) 115 Journal de Droit International, 311.

⁷⁸L'article 6 prévoit que " 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. "

vertu de l'article 9 de la convention⁷⁹ ou enfin si la deuxième partie de la convention n'a pas été ratifiée par l'Etat concerné, -en vertu de l'article 92 de la convention-.⁸⁰ Dans tous les cas où la convention est applicable dans son ensemble, l'article 55 ne jouera pas. Cette thèse consacre la supériorité de l'article 14 sur l'article 55 et conforte l'interprétation selon laquelle les auteurs de la convention auraient eu la volonté de limiter l'article 55 à l'hypothèse où la loi applicable admet la validité des contrats "open price".⁸¹

Un second courant doctrinal trouve les articles 14 et 55 complémentaires. L'ensemble de la doctrine s'accorde pour considérer que l'offre prévue à l'article 14 doit être précise (critère objectif) et qu'elle doit manifester l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (critère subjectif). La discorde éclate quant à l'importance respective de ces deux critères, quant à leur application simultanée et la conciliation des articles 14 et 55.⁸² Selon un premier courant doctrinal,⁸³ l'exigence subjective n'est qu'un corollaire de l'exigence objective. La certitude de la volonté d'être liée se renforcera d'autant plus que l'offre sera précise : "il faut compléter les dispositions de l'article 14 par celles de l'article 55 concernant la détermination du prix".⁸⁴ Cependant l'article 55 ne pourra s'appliquer que si le droit national applicable n'invalider pas le contrat dont le prix n'est pas fixé implicitement

⁷⁹L'article 9 prévoit, alinéa 1, que "les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles", et, alinéa 2, que "sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou aurait du avoir connaissance (...)".

⁸⁰L'article 92 prévoit que "tout Etat contractant pourra, au moment de la signature (...) déclarer qu'il ne sera pas lié par la deuxième partie de la présente Convention ou 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.

⁸¹J. Honnold, *supra*, note 70, 341.

⁸²I. Corbisier, "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives" (1988) Revue Internationale de droit Comparé, 827.

⁸³Soutenu notamment par P. Kahn. Voir P. Kahn, "La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1981) Revue Internationale de droit Comparé, 964. De même, Eörsi dans M-J. Bonel, *supra*, note 58, 406, "The first requirement is the existence of a validly concluded contract. The word validly refers only to factors other than the absence of an indication of the price. The second requirement is that there will be no expressly or implicitly fixed or determinable price."

⁸⁴P. Kahn, *supra*, note 83, 964.

ou expressément.⁸⁵ Selon un deuxième courant doctrinal, le critère central serait l'intention des parties (le critère subjectif), le critère objectif (la précision du prix) devant s'entendre à la lumière de l'article 55.⁸⁶

D'autres ont essayé d'atténuer la contradiction en établissant une distinction entre la détermination du prix dans l'offre, prévue à l'article 14, et la détermination du prix dans le contrat, régi par l'article 55. La sanction est alors différente : le contrat sans prix déterminé est en principe nul, alors que l'offre sans prix déterminé est seulement disqualifiée. Dans cette hypothèse il ne s'agit plus d'une offre de contracter, mais d'une offre d'entrer en pourparlers, du type prix à débattre.⁸⁷ Toutefois, la validité du contrat est étroitement liée à la validité de l'offre dans la mesure où l'article 55 est soumis à la condition de la validité de la conclusion du contrat.⁸⁸ Néanmoins les termes "valablement conclu" peuvent être interprétés comme incluant le prix mais également comme ne faisant référence qu'à des facteurs autres que le prix.⁸⁹

Une autre technique d'atténuation consiste à voir, dans l'article 14, une cause d'annulation du contrat et, dans l'article 55, une clause de sauvetage de ce même contrat. L'article 55 doit s'analyser en un mécanisme subsidiaire de détermination du prix trouvant à s'appliquer de manière constante, selon certains, ou seulement lorsque le droit national positif en reconnaît la validité, selon d'autres. Reste à savoir ce que renferme cette disposition ; si cela doit s'entendre uniquement de la référence au prix de marché ou si cela peut être étendu à

⁸⁵ S'il s'agit du droit national français, on peut penser que l'article 55 ne trouvera pas à s'appliquer.

⁸⁶ J. Honnold, *supra*, note 70, 201.

⁸⁷ D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats*, *supra*, note 14, 16. Voir aussi Eörsi, cité dans J.-M. Bonell, *supra*, note 58, 407. "Article 14 is concerned with offers and article 55 with contracts. Once the contract is concluded, the offer becomes irrelevant and the conclusion of the contract in itself proves that the offer was sufficiently definite, irrespective of whether a provision was made for determining the price."

⁸⁸ Le premier alinéa de l'article 55 précise "si le contrat est valablement conclu".

⁸⁹ Mais d'autres soutiennent le contraire. Voir notamment V. Heuzé, *supra*, note 75, 131.

d'autres éléments, et dans cette dernière hypothèse, auxquels ? Mais, là encore, la référence au prix de marché, même si elle est admise dans certains pays, peut être soumises à des conditions précises et parfois rigoureuses comme en France. Dans une telle hypothèse, le renvoi au droit national signifie la mort du contrat.

Autre argumentation avancée, le juge national ne doit pas rajouter au texte. La convention ne définit pas le prix comme un élément essentiel de l'offre, par conséquent l'exigence d'un prix déterminable n'est que relative.⁹⁰ La convention ne distingue pas non plus selon que le prix est déterminé de manière objective (indépendamment de la volonté de l'une des parties) ou de manière subjective (dépendamment de cette volonté). Puisque la convention ne rejette pas expressément la fixation unilatérale du prix par l'une des parties, elle l'admet donc implicitement. Sauf si cela était contraire à l'ordre public de la loi nationale.⁹¹

Il ne nous appartient pas ici de trancher le débat, mais de souligner que, dans la profusion de la doctrine, la jurisprudence risque d'avoir du mal à trancher. Reste qu'une interprétation uniforme ou tout au moins harmonieuse est nécessaire sous peine d'anarchie.⁹²

b) Une jurisprudence s'affranchissant difficilement du contexte national.

L'insécurité née des articles 14 et 55 n'est pas sans répercussion pratique. On a déjà vu la réticence des pays socialistes et tiers-mondistes. Malgré un accueil favorable, la même méfiance existe en common law où la fixation du prix a été qualifiée par certains

⁹⁰V. Fortier, "Le prix dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises" (1990) 117:2 Journal de Droit International, 381.

⁹¹Tercier, dans *Colloque de Lausanne des 19 et 20 Novembre 1984. La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985, 121.

⁹²"A défaut d'uniformisation, d'ici quelques années, il n'y aura pas une mais cinquante conventions de Vienne, selon les interprétations des différentes juridictions nationales." J. Thieffry, "Les nouvelles règles de la vente internationale" (1989) 15 Droit et Pratique du Commerce International, 377.

professionnels de "traps for unwary traders".⁹³ L'adoption de mesures de prudence a été préconisée:

"Until subsequent case law clarifies the issue, perhaps the most significant point for drafters of contracts in this area to note is that the matter is open to question. The approach taken by the Convention on this matter is certainly far different from that taken by the UCC regarding open price terms. This section makes it quite clear that a contract can be concluded if the parties have the requisite intent, 'even though the price is not settled'. This is far different from the Convention article 14 which requires an implicit or explicit reference to price. Despite article 55, and given that all of the proposed amendments to article 14 were rejected, a reasonable interpretation of the Convention is that the offer need not specifically state price but must take reference to a standard for determining it. Thus a communication could be considered an offer under the UCC even though there is no reference as to price. Conversely, under the Convention, the communication would not ripen into a contract because of the omission of a standard for determining the price. Despite this contrast, it seems that even under the Convention, a specific price need not be stated, as long as a means for determining it exists. Clearly, a reference to a catalogue would make it implicit that the buyer is willing to pay the catalogue price. The Commentary on the draft clarifies the intent of the drafters in regard to what was eventually adopted as article 14. One might assume that the interpretation of a contract which leaves the issue of price open will receive an unsavourable reception in those countries where the basic contract law requires specificity as to price. United States, accustomed to dealing with contracts where price or output remain open, the outcome might be more favorable. In any event, if a contract is to be interpreted under the Convention, the prudent drafter will certainly make some reference to the price in the offer."⁹⁴ (Souligné par nous)

En droit civil, et notamment en France, il a clairement été conseillé aux praticiens d'exclure l'application du droit français sur ce point si on voulait que la clause "open price" fonctionne :

"En ce qui concerne le prix, la convention résout deux problèmes qui avaient soulevé et soulèvent beaucoup de difficultés (...). On en revient dans une forme un peu complexe au prix de marché. Il en résulte que les opérateurs français ont intérêt à exclure l'application du droit français interne sur ce point, tant que la jurisprudence (française) n'aura pas été modifiée. Une solution adéquate serait que, comme jadis en

⁹³B. Nicholas, "The Vienna Convention on International Sales Law" (1989) 105 Law Quarterly Review, 242.

⁹⁴B. Leete, "Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary" (1992) 6:2 Temple International and Comparative Law Journal, 200.

matière de clause compromissoire ou de clause d'indexation, on cantonne l'application du code civil aux contrats internes".⁹⁵

En effet :

"It was perhaps a greater steps for France than for the United States, in that the concepts and reasonings borrowed from the Uniform Commercial Code and indeed, the common law, are numerous, at least in comparison to those derived from the civil law systems".⁹⁶

La convention de Vienne n'en est pas moins utilisée pour autant. Elle n'a cependant pas encore fait l'objet d'une jurisprudence abondante.⁹⁷ Le premier arrêt rendu en matière de détermination du prix consacre la théorie de la complémentarité des articles 14 et 55 de la convention, tout en conservant néanmoins une forte influence nationale. En l'espèce, une compagnie d'aviation hongroise - Malev - , ayant décidé de renouveler sa flotte aérienne, avait pris contact avec les sociétés Boeing et Airbus. Malev devait choisir, directement auprès d'un constructeur, les moteurs destinés à être montés sur les avions. C'est dans ces circonstances que Malev prit contact avec la société Pratt & Whitney. Diverses offres furent faites lors des négociations. Au terme fixé dans la dernière offre, Malev fit savoir à Pratt & Whitney qu'elle s'était décidée pour les moteurs d'une série donnée mais sans spécifier précisément quel moteur de la série, -en dépit du fait qu'une série comporte différents modèles de qualité et de prix différents-. Dans sa lettre, Malev faisait expressément référence aux termes de l'offre. Or, les prix de tous les moteurs ne figuraient pas dans l'offre acceptée. Deux mois après avoir confirmé, Malev fit savoir au constructeur qu'elle avait finalement changé d'avis. Pratt & Whitney répondit alors qu'elle considérait que

⁹⁵Ph. Kahn, "Choisir la convention plutôt que le droit français", dans "Le nouveau droit de la vente internationale", Colloque du 21 octobre 1987 - CCI Paris (1987) 5 Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation, 253.

⁹⁶P. Thieffry, "Sale of Good...", *supra*, note 92, 1025.

⁹⁷En matière de prix, deux arrêts ont été rendus à propos des articles 14 et 55 dans les affaires Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines. Pratt & Whitney v. Malev Hungarian Airlines, Legfelsbb Birosag, Gf. I. 31, 349/1992/9 (Dr. Laszlo Szlavnits trans., 1992, reproduit dans (1993) 13 Journal of Law and Commerce, 31 (pour l'arrêt de la Cour suprême de Hongrie du 25 septembre 1992) et 49 (pour l'arrêt de première instance de la Cour Métropolitaine de Budapest, du 10 janvier 1992).

Malev avait manifesté, dans la lettre, son acceptation ; que l'offre étant valable, un contrat avait été formé et que Malev devait exécuter ses engagements. A l'opposé, Malev considérait que l'offre n'étant pas suffisamment précise - notamment quant au prix - la lettre ne pouvait être considérée comme une acceptation emportant contrat ; il s'agissait, tout au plus, de la simple poursuite des pourparlers. L'affaire fut portée devant les cours hongroises par Pratt & Withney.

La Cour Suprême de Hongrie appliqua tout d'abord l'article 14 de la Convention en vérifiant l'existence du critère subjectif (la volonté de l'auteur de l'offre d'être lié) et du critère objectif (la précision de l'offre). Ne trouvant pas dans l'offre tous les éléments requis par l'article 14, le juge eut recours à l'article 55 pour déterminer le prix en faisant référence au prix de marché. Cependant la Cour de Hongrie ne vit dans l'article 55 de la convention qu'une clause de marché : " In case there is no base price, value stability calculations have no importance. The price cannot be determined according to section 55 of the agreement either, as jet engine systems have no market prices. " Cette interprétation n'est pas dénuée d'influence nationale dans la mesure où un juge de common law aurait pu y découvrir la possibilité d'un recours à un prix raisonnable. La vue civiliste du juge se retrouve également dans l'affirmation des principes selon lesquels le prix constitue un élément essentiel de l'offre et que l'imprécision du prix est de nature à disqualifier l'offre.

Cette jurisprudence sera probablement très bien accueillie dans les pays d'influence civiliste mais risque d'être ignorée par les disciples de la common law. Cette dichotomie découle tout naturellement de l'impossibilité pour les juges de se détacher de leur principes nationaux pour interpréter la convention de Vienne. Plaider une interprétation uniforme de la convention ne suffit pas. Il convient aussi de donner des principes directeurs non controversés. La doctrine de la réconciliation est passée dans la pratique grâce à l'examen successif, par la Cour de Hongrie, des articles 14 et 55. Cependant, l'interprétation de l'article 55 reste floue et peu d'auteurs se sont penchés sur la question de savoir ce que l'on pouvait y trouver comme facteurs de " sauvetage " du contrat. Lorsque les textes des

articles 14 et 55 ont été adoptés en dépit de leur contradiction, les auteurs étaient conscients de l'absence subséquente de sécurité juridique et du risque que cela pouvait avoir sur l'utilisation de ces deux articles. La première jurisprudence a confirmé cette insécurité. Si le *status quo* demeure, l'un des articles, ou les deux, seront systématiquement évincés par la pratique. La convention de Vienne risque donc de rester lettre morte sur ce point. Les principes généraux auront-ils une meilleure réception en droit interne, moins teintée de nationalisme ?

Malgré l'impasse théorique et pratique relativement à la détermination du prix, la convention de Vienne constitue un pas significatif et nécessaire vers l'harmonisation.⁹⁸ Lors de l'adoption de la convention de Vienne, le droit international et la *lex mercatoria* n'avaient pas encore une autonomie suffisante pour faire naître un droit *sui generis*, indépendant des Etats qui le négociaient. Quinze ans plus tard, l'âge de la maturité aidant, un nouvel ordre international va pouvoir voir le jour.

⁹⁸C.M. Bianca & M-J. Bonell, *supra*, note 58, 14.

B. L'EDIFICE : LES PRINCIPES GENERAUX D'UNIDROIT.

L'harmonisation se poursuit aujourd'hui sous l'égide d'UNIDROIT. L'Institut vient d'adopter les principes généraux du droit du commerce international.⁹⁹ Afin d'éviter l'écueil de la convention de Vienne, UNIDROIT a opté pour une solution pragmatique en droit international. Ainsi, le prix n'est plus considéré comme un élément essentiel du contrat et peut être fixé après la conclusion du contrat sur le modèle des contrats "open price" américains¹⁰⁰. De même, pour pallier à toute difficulté d'application, et, en raison de la nécessité d'une interprétation uniforme et détachée des droits nationaux, les principes d'UNIDROIT s'adressent plus aux arbitres qu'aux juges nationaux. Les principes généraux, en dépit de leur caractère non obligatoire, risquent, dans un avenir proche, de supplanter la convention de Vienne sur de nombreux aspects.

1. Le processus d'élaboration de la nouvelle *lex mercatoria*.

a) De la 'codification progressive' aux 'règles uniformes' du droit du commerce international.

Le projet de codification progressive du droit du commerce international a commencé sous l'impulsion de trois personnalités : Tudor Popescu, René David et Clive Schmithoff. A l'issue d'un rapport sur la faisabilité du projet, UNIDROIT s'est lancé dans une aventure qui devait durer 34 ans. Le projet initial portait essentiellement sur les contrats par correspondance. La détermination du prix y était traité incidemment, les contrats internationaux adoptant le prix courant au jour du contrat.¹⁰¹ Les droits étudiés devaient

⁹⁹UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, (Rome : UNIDROIT, 1994).

¹⁰⁰On verra cependant que ce modèle est loin d'être parfait : incertitude juridique, judiciarisation à outrance, iniquité des rapports de force etc ...

¹⁰¹T. Popescu, *Codification progressive du droit du commerce international, Les obligations commerciales*, U.D.P. 1971, Etudes L, Doc.2, 2.

regrouper le droit des pays de common law, celui de l'Europe Occidentale et celui des pays socialistes.¹⁰² Procédant seul à l'élaboration de cette codification,¹⁰³ le conseil de direction¹⁰⁴ d'UNIDROIT décida de confier le projet à divers groupes de travail composés uniquement de membres indépendants et bénévoles.¹⁰⁵

Cette étude était considérée comme la "suite normale des études déjà effectuées par UNIDROIT", le tout dans un contexte favorable à la codification.¹⁰⁶ Dès 1972, T. Popescu propose une définition large de l'offre,¹⁰⁷ ne faisant plus aucune référence à la détermination du prix :

"La communication qu'une personne adresse à une ou plusieurs personnes déterminées en vue de la conclusion d'un contrat, ne constitue une offre que si elle est suffisamment précise pour permettre la conclusion du contrat par son acceptation, et qu'elle indique la volonté de son auteur de s'engager.

Cette communication s'interprète et se complète par les négociations préliminaires, les habitudes qui se sont établies entre les parties, les usages et toute règle applicable au contrat respectif."

Cette définition de l'offre sera maintenue par la suite. En 1983, la codification, rebaptisée en "projet d'élaboration de règles uniformes sur les contrats internationaux en général",¹⁰⁸

¹⁰² *Ibid.*, Doc 2, 22.

¹⁰³ UNIDROIT avait dans un premier temps compté sur une aide extérieure avant de se rendre compte que si "l'utilité, la nécessité et même l'urgence d'une codification des normes" étaient reconnues comme nécessaire, la plupart des Instituts contactés ne s'étaient montrés favorables que dans la mesure où UNIDROIT aurait d'abord "déblayé le terrain" et aurait "concrétisé ses résultats dans un texte qui, par la suite, leur serait envoyé pour donner leur avis et leurs critiques". Comme le souligne Tudor Popescu, "dans cette phase préliminaire, on ne peut compter que sur nous-mêmes." T. Popescu, *Rapport sur le stade des recherches concernant l'essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (dans le cadre d'une codification progressive du droit du commerce international)* U.D.F.1972, Etudes L, Doc 3., 4.

¹⁰⁴ UNIDROIT est composé d'une Assemblée Générale, un Conseil de Direction et un secrétariat.

¹⁰⁵ L'indépendance des membres d'UNIDROIT était ressentie comme quelque chose d'indispensable à l'établissement de principes *sui generis*, indépendant des intérêts étatiques prévalant lors de la discussion de conventions internationales.

¹⁰⁶ Notamment du fait de l'entrée en vigueur des Conventions de la Haye et du Uniform Commercial Code des Etats-Unis d'Amérique. U.D.P. 1972, *supra*, note 103, Doc.3, 5-6.

¹⁰⁷ U.D.P. 1972, *supra*, note 103, Doc.3, Annexe, 2.

¹⁰⁸ Le terme de "codification" n'était pas très heureux dans la mesure où, d'une part, une codification était loin de couvrir tous les aspects du droit du commerce international, et, d'autre part, suscitait des réticences en ce qu'il constituait avant tout un procédé caractéristique des pays de droit civil. M. Fontaine, "Les

malgré une référence expresse à l'article 14 de la convention de Vienne, exclut le prix de la définition de l'offre.¹⁰⁹

b) Vers les Principes Généraux du Droit du Commerce International.

L'étude de la détermination du prix fut confiée au professeur M. Fontaine.¹¹⁰ Le prix devait être traité non dans le chapitre relatif à la formation mais dans celui relatif à l'exécution des contrats. Partant de l'article 55 de la convention de Vienne et des principes de droit des contrats européens,¹¹¹ la question s'est posée de savoir si :

“ It should however be considered whether in addition to the sole objective criterion provided for in that article, (the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned), one might not foresee other criteria, such as the price generally charged by the party selling the goods or offering the service or, if the goods or services in question were of a specific nature, the possibility of its revision by a third party, if it appeared to be unreasonably high ”.¹¹²

Cette discussion se poursuivit en 1986 :

“ The new criterion could introduce a great amount of uncertainty in cases (e.g. in service contracts) where the performance extends over a long period of time without specific deadlines for payment. After all the present criterion of the price charged at the time of the conclusion of the contract was not intended to be exclusive, as shown by the words “ in the absence of any indication to the contrary ”. It was agreed to replace in the penultimate line of paragraph 1 the words “ for such goods delivered or such services performed ” by “ for such performance ” and to speak in paragraph 2 generally of the “ performing party ”. Finally, the question was raised as

principes pour les contrats commerciaux élaborés par UNIDROIT” (1991) 68 Revue de Droit International et de Droit Comparé, 25.

¹⁰⁹ L'article 4 du projet prévoit qu' "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." *Règles uniformes sur les contrats internationaux en général*, UNIDROIT 1983, Study L. Doc.25, 3.

¹¹⁰ Du Centre de Droit des Obligations de Louvain-La Neuve, en Belgique. En collaboration, dans un premier temps, avec le professeur Rajska de l'Institut de Droit Civil Comparé de Varsovie.

¹¹¹ La détermination du prix est traitée dans les articles 2-101 à 2-104 des principes généraux européens. Ils consacrent le principe de l'open price et du prix raisonnable fixé par le juge.

¹¹² UNIDROIT 1985, P.C. Misc. 6, 5.

to the implications which might be drawn from the provision at the end of paragraph 2 with respect to the allocation of the burden of the proof. There was an agreement that the purpose of the paragraph was merely to state under certain circumstances the price may be determined by the performing party himself and that such a determination is valid as long as it is reasonable, while the problem of who has to prove that this latter condition is or is not fulfilled in a given case should be settled according to the applicable rules on the burden of proof in general. The Group recommended that this should be made clear in the commentary and that perhaps the Rapporteur might find a more appropriate formula so as to avoid the implication by the text of any interference with the applicable law on this question. ”¹¹³

A l'issue de cette discussion, la première version de l'article 7 fut rédigée :

“ Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods delivered or such services performed under comparable circumstances in the trade concerned.

When no such a price is available, and in the absence of any indication to the contrary, the price is determined by the party who delivers the goods or performs the service, provided it is reasonable.”¹¹⁴

Jusqu'alors fortement imprégné de droit civil,¹¹⁵ le projet va changer d'orientation en 1986 à la suite de l'accueil du professeur américain, E. A. Farnsworth, de l'Université de Columbia, au sein du groupe de travail d'UNIDROIT. L'intitulé premier - la codification- fut abandonné et la notion de prix raisonnable introduite. Cette “ correction de trajectoire ”¹¹⁶ fut renforcée par l'arrivée des professeurs Furmston (de l'université de Bristol) et de Date-Bah (de l'université de Sacca).

En 1987, après un changement de numérotation - l'article 7 devient l'article 10 - la question du caractère raisonnable du prix fut discutée :

¹¹³ UNIDROIT 1986, Study L, P.C. Misc. 8, 9-10.

¹¹⁴ UNIDROIT 1987, Study L, Doc.38, First Version of article 7.

¹¹⁵ M Fontaine, *supra*, note 108, 38.

¹¹⁶ M. Fontaine, *supra*, note 108, 38.

" In relation to paragraph 2 queries were raised both as to the determination of the reasonableness of the price and as to the advisability of admitting that the contract price could be determined by only one of the parties. As regard the second of this point, it was suggested that determination of the price by only one of the parties was contrary to the general principles of contract law, according to which the terms of the contract should be agreed by the parties. It being pointed out that in French law the provision would be considered to be void if the price had been fixed by one party. To this it was objected that it was the most realistic solution as it is often only the performing party who can correctly evaluate his performance. Some control would of course be necessary to avoid abuses. The question of the person on whom the burden of proof lies as far as the reasonableness of the price goes, was considered to have been left hazy by the wording of the provision. Two opposite views were taken. The one that it is the party who fixes the price who has to prove that it is reasonable, the other that it is the party who questions the price who has to prove it is unreasonable. In the end it was decided that intended contents of paragraph 2 could be covered in addition of the words " (...) or where no such price is available, to a reasonable price " at the end of paragraph 1. Paragraph 2 was consequently deleted. "¹¹⁷

Lors de la même session, le groupe de travail discuta de l'introduction d'un nouveau paragraphe relatif à la fixation du prix par l'une des parties :

" The Group then discussed the addition of provisions along the lines of section 1-105 paragraph 2, 3, 4 of the draft Principles of European Contract Law to article 10. Opinions were divided with reference to the first of these, which stated that " where the price or any other contractual term is grossly unreasonable, then notwithstanding any provision to the contrary, a reasonable price or other term shall be substituted ". One view was that such a provision could lead to controversy, whereas the opposite view, was that for cases where a party imposed unreasonable terms some procedure had to be found to return to the norm of the reasonable price, and for such cases a provision along the lines of section 1-105(2) would answer.

As regards section 1-105(3) which established that where the price or any contractual term is to be fixed by a third party, and he cannot or will not do so, the parties are deemed to have empowered the court to appoint another person to fix the term, the first question raised was why the case of the third party taking a grossly unreasonable decision was excluded. It was pointed out that this was a different question as it concerned a response on the part of the parties. It was, however, considered that the test of reasonableness ought to be the same for unreasonable decisions taken by third parties as those taken by one of the parties. It was therefore suggested that " or a third party " should be added in paragraph 2, although the view was also taken that two different questions would then be mixed up in the same paragraph.

It was ultimately decided that it was premature to attempt to reach any definite view as to the desirability of adding provisions along the lines of section 1-105(2), (3),

¹¹⁷UNIDROIT 1987, Study L, Misc. 11, 12-14.

and (4) to article 10. The Rapporteurs were requested to prepare a draft of such provisions so as to permit the group to take a decision at a future stage.”¹¹⁸

L'article 10 fut alors révisé et la formulation suivante fut adoptée en 1988 :

- “ 1) If a contract does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performances under comparable circumstances in the trade concerned.
- 2) When no such price is available, and in the absence of any indication to the contrary, a reasonable price is to be determined by the performing party.”¹¹⁹

La même année 1988, le projet relatif à la formation exclut définitivement le prix de la définition de l'offre et consacre la primauté de l'intention d'être lié :

“ Even essential terms of the agreement, such as (...) the price to be paid (...), may be left undetermined in the offer without necessarily rendering it insufficiently definite : all depends on whether or not the offeror by making his offer, and the offeree by accepting it, intended to enter a binding agreement and whether or not the missing terms can be determined by reference to a course of dealing established between the parties, to any conduct of the parties, as well as by reference to specific rules to be found elsewhere in these Principles (e.g. Article 10 of Chapter V on price determination). ”¹²⁰

Un projet de texte et de commentaires, destiné à être adopté par le Conseil, fut rédigé en 1989. Il comprenait les dispositions suivantes, suivies de commentaires :

- “ 1) If a contract does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performances under comparable circumstances in the trade concerned, or if no such price is available, to a reasonable price.

¹¹⁸ *Ibid.*, 12-14.

¹¹⁹ UNIDROIT 1988, Study L, Doc 40, Rev. 1 (Third version).

¹²⁰ UNIDROIT 1988, Study L, Doc 41, 6. L'article 10 est étroitement lié non seulement aux discussions relatives à l'offre, mais aussi à celles relatives aux termes laissés ouverts dont nous traiterons ici uniquement à titre accessoire lorsque nécessaire. Ces discussions apparaissent notamment dans UNIDROIT 1988, Study L, Doc. 41, 34 et s., UNIDROIT 1988, Study L, P.C. Misc.12, 85 et s.

- 2) Where the price is to be determined by one party (or by a third party) whose determination is grossly unreasonable, then notwithstanding any provision to the contrary, a reasonable price shall be substituted.
- 3) Where the price is to be fixed by a third party, and he cannot or will not do so, the parties are deemed to have empowered the court to appoint another person to fix the price.
- 4) Where a 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. ^{"121}

La discussion principale sur le texte eut lieu à Bristol en 1989.¹²² Divers aspects du texte précité firent l'objet de diverses propositions : la suppression de la référence aux parties par le biais des termes " expressly " ou " impliedly ",¹²³ la détermination du prix par le juge avec recours à l'expert et le remplacement de ce dernier en cas de défaillance,¹²⁴ le caractère manifestement déraisonnable de la fixation du prix,¹²⁵ la référence au " nearest equivalent factor ".¹²⁶ A l'issue de la conférence l'article suivant fut adopté :

- " 1) If a contract does not fix (mots modifiés) or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performances under 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 whose (mots modifiés) determination is manifestly (mot modifié) unreasonable, then notwithstanding any provision to the contrary, a reasonable price shall be substituted.
- 3) Where the price is to be fixed by a third person, (mot modifié) and he cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price (mots modifiés).
- 4) Where the (mot modifié) 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. ^{"127}

(Changements soulignés par nous)

¹²¹UNIDROIT 1989, Study L, Doc.44, 20.

¹²²UNIDROIT 1990, Study L, P.C. Misc.14, 56.

¹²³*Ibid.*, 56-57.

¹²⁴*Ibid.*, 58-62.

¹²⁵*Ibid.*, 63.

¹²⁶*Ibid.*, 64.

¹²⁷*Ibid.*, 66.

2. Nouveaux principes, nouvelle orientation.

Dès 1989 donc, le groupe de travail disposait d'un texte presque définitif. Il fallut cependant attendre l'achèvement de l'ensemble des travaux pour que les principes voient le jour. Parallèlement à cette élaboration, la Commission Européenne parvenait à la rédaction des principes européens des contrats dont la rédaction est sensiblement identique à celle d'UNIDROIT.¹²⁸ Les deux versions relativement au prix, s'engagent résolument dans la voie du contrat sans prix.

a) Le texte final des principes généraux d'UNIDROIT.

Le texte final, adopté en mai 1994, ne subit que des modifications formelles.¹²⁹ L'article 5.7 définitif stipule que :

" 1) Where (mot modifié) a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made (mots modifiés) reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance under 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 (mots modifiés) determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted, notwithstanding any contract term (mots modifiés) to the contrary.

3) Where the price is to be fixed by a third person, and he cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price.

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. "¹³⁰

¹²⁸Les travaux de la Commission n'ayant pas fait l'objet de publication, il nous est impossible de retracer ici l'évolution de l'élaboration de ces principes.

¹²⁹Les modifications sont soulignées dans le texte ci-dessous. L'article 10 fit également l'objet d'une renumérotation. D'abord 5.1.11, puis 5.1.14, la version finale adopte le numéro 5.7.

¹³⁰UNIDROIT, *General Principles on International Commercial Contracts*, Roma, UNIDROIT, 1994, 109.

Le texte est accompagné de commentaires destinés à guider leurs interprétations -par le biais d'une explication du texte par les rédacteurs- ainsi que leurs applications -par le biais d'illustrations casuistiques- lesquelles font parties intégrales des Principes.¹³¹ Les Principes, une fois adoptés, furent traduits puis soumis à la réflexion des gouvernements.¹³²

b) Le texte final des principes européens des contrats.

Bien que les principes européens n'aient pas encore fait l'objet d'une adoption officielle, le texte proposé a atteint sa forme définitive. Le prix y est traité dans le chapitre 2, relatif au contenu et l'exécution du contrat, aux articles 2-101, 2-102, 2-103 et 2-104. Bien que le prix y soit particulièrement visé, l'article 2-101 s'adresse à tous les termes laissés ouverts, relativement aux modalités d'exécution.

Ces articles prévoient :¹³³

"Article 2-101 - Détermination du prix ou des modalités d'exécution.

Lorsque le contrat ne fixe pas le prix ou la façon de le déterminer, les parties sont censées être convenues d'un prix raisonnable. Il en va de même de toute modalité d'exécution du contrat.

Article 2-102 - Détermination unilatérale par une partie.

Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé unilatéralement par l'une des parties et que la détermination de celle-ci est manifestement déraisonnable, un prix ou un autre élément raisonnable lui est substitué, nonobstant toute stipulation contraire.

¹³¹ " Each article is accompanied by detailed comments, including illustrations which form an integral part of the Principles. " Bulletin d'Information n. 99/100 July/October 1994, UNIDROIT, 2.

¹³² UNIDROIT 1994, Study L, (WG) W.P. 3 *Comments on the Principles Submitted by Governments of Member States of UNIDROIT*. La France et les Etats-Unis ne firent aucune remarque substantielle quant à la fixation du prix. Le Canada fit des remarques plus constructives telles que " Les mots 'nonobstant toute stipulation contraire' au paragraphe 2 semble empêtrer sur la liberté de contracter des parties. Il est entendu que cette disposition ne s'appliquerait que dans des circonstances exceptionnelles. Les termes tels que manifestement déraisonnable, prix raisonnable, manifestement inéquitable (...) ne sont pas définis dans les principes proposés. Leurs interprétations diverses peuvent être difficiles à concilier. "

¹³³ La traduction française suivante date du 9 juillet 1992 - Non publié.

Article 2-103 - Détermination par un tiers.

- 1) Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par un tiers et que celui-ci ne peut ou ne veut le faire, les parties sont présumées avoir donné au tribunal pouvoir de lui désigner un remplaçant qui procèdera à cette détermination.
- 2) Si le prix ou un autre élément déterminé par le tiers est manifestement déraisonnable, un prix ou un autre élément raisonnable lui est substitué.

Article 2-104 - Inexistence du facteur de référence.

Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un facteur qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus."

Les articles adoptés reflètent un net emprunt au droit américain et s'éloignent fortement de la position française. UNIDROIT et l'Europe ont préféré le pragmatisme américain à la rigidité française. On peut, dans un premier temps, se poser la question de savoir dans quelle mesure ce choix est justifié en examinant notamment les forces et les faiblesses du système de l'open price du UCC ainsi que la portée d'un tel principe en droit français. Fort de cette comparaison, une analyse de l'article 5.7 pourra être faite dans un second temps, suivie d'une étude de son application par le monde judiciaire et arbitral.

II. L'ADOPTION D'UNE SOLUTION PRAGMATIQUE : L'ENSEIGNEMENT DU DROIT AMERICAIN ET LA PORTEE DE L'OPEN PRICE EN DROIT FRANCAIS.

Les principes généraux empruntent au UCC à la fois la forme et le fond. Cependant, les travaux d'UNIDROIT ne reflètent pas l'analyse juridique attendue des solutions de droit en présence. Ainsi, aucun bilan des forces et faiblesses du système de l'open price n'a été effectué. De même, si, au niveau des principes, les participants français étaient soucieux de trouver une formule plus réaliste eu égard à la pratique des contrats internationaux, encore convenait-il de rechercher les fondements, en matière de détermination du prix, de la jurisprudence des pays civilistes, socialistes ou tiers-mondistes, afin de déterminer la portée pratique des principes sur les juges ou les législateurs de ces pays.

A. L'ENSEIGNEMENT DU DROIT AMERICAIN.

Depuis le début de la décennie, la fixation du prix dans les contrats américains a pris un nouveau tournant. Autrefois condamnée, la pratique de l'open price est entrée dans les moeurs et dans la législation.¹³⁴ Afin d'éviter que le contrat ne disparaisse, le juge américain intervient pour fixer le prix du contrat à la place des parties. Le juge se concentre à présent

¹³⁴B. Stone, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, Minnesota, West Publishing Co., 1984, 1. "The present law concerning commercial transactions has its modern origins in the law merchant, that is, the system of rules, customs and usages generally recognized and adopted by merchants and traders which constitutes the law for the regulation of their transactions and the solution of their controversies. By the end of the seventeenth century the law merchant had become assimilated by the common law. In 1882, the English Bills of Exchange Act was enacted by Parliament, followed by the English Sale of Goods Act. These two acts were the inspiration for the Uniform Negotiable Instrument Law promulgated in 1896 by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the Uniform Sales Act promulgated by the Commissioners in 1906. While uniform Acts had wide acceptance they were not collectively adopted by every American States. In the early 1940's it was recognized that the above uniform acts needed substantial revision to keep them in step with modern commercial practices. Accordingly, the preparation of the UCC was begun as a joint project of the American Law Institute and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws in 1942. This project resulted in the 1952 Official Text of the UCC. The New York State Law Revision Commission studied the 1952 Code and concluded that it needed extensive revision. The Code was revised and the 1957 Official Text resulted."

sur la volonté des parties, et sur la définition de ce qui est raisonnable et de ce qui ne l'est pas. Cependant, en dépit d'un texte clair et détaillé, la jurisprudence reste importante.

1. Les principes du Uniform Commercial Code.

a) Iniquité de la common law.

A l'origine, la common law était hostile aux contrats sans prix.¹³⁵ Le contrat ne devait pas présenter d' " indefiniteness " ou manque de spécificité. Si un des éléments essentiels d'un contrat n'était pas suffisamment explicite, cela pouvait rendre le contrat " unenforceable ".¹³⁶ Or les éléments essentiels ou " material terms " incluaient le prix.¹³⁷ Si les parties ne s'étaient pas mises d'accord sur un prix raisonnable, ou n'avaient pas prescrit une méthode raisonnable permettant sa détermination, la convention était alors incertaine et "indefinite" et par voie de conséquence "unenforceable".¹³⁸ Cette situation était fortement critiquée et l'adaptation de la jurisprudence à la pratique était réclamée.¹³⁹ En effet, il était généralement admis, avant le UCC, que le juge ne devait pas faire le contrat à la place des parties.¹⁴⁰ Si ce principe était respecté par certains, d'autres le tournaient arguant que :

¹³⁵ W. Hawkland, "Sales Article 2-305: Open-Price Term" 2 Uniform Commercial Code Series, United States, Clark Boardman Callaghan, 1993, 301. Voir notamment Louisville Soap Co. v. Taylor, 279 F 470 (CA6 1922), cert. den. 259 US 586 (1922). Dans cette affaire un contrat avait été conclu entre la société Louisville Soap Co (fabricant de savon) et la société Taylor (fournisseur de colophane). Le prix devait être de "50 c. per 28 lbs. over the official closing Savannah, Georgia, market on date order is received at Mobile, Alabama". Pendant les deux derniers mois du contrat, le marché officiel de Savannah ne fixa aucun prix. La question se posait donc de savoir si le prix n'était plus déterminé ou s'il devait correspondre au dernier prix publié. Le juge décida que "the provision as to the price fails, because indefinite and uncertain, and no longer possible of ascertainment by the means or method provided in the contract or in many other way."

¹³⁶ J. Paulsson, "La détermination du prix dans les contrats, chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux" (1981) Droit et Pratique du Commerce International, 131.

¹³⁷ W. Henning & G. Wallach, *Law of Sales under the Uniform Commercial Code*, United States, Research Institute of America, 1992, 3.08, p.3-51.

¹³⁸ T. Quinn & B. O'Neil, *Quinn's Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest*, Boston Warren Gorham Lamont, 1991, S.2-174. " Under pre-code law, if an agreement was reached but no price set, the contract was treated as an 'agreement to agree' and was unenforceable for indefiniteness ".

¹³⁹ W. Prossner, "Open Price in Contracts for the Sale of Goods" (1932) 16 Minnesota Law Review, 733.

¹⁴⁰ E-A. Farnsworth, "Disputes over Omission in Contracts" (1968) 68 Columbia Law Review, 862.

"They were not making a contract for the parties but merely determining the legal effect of the contract that the parties made and would thereupon supply the missing term because the parties clearly intended to be bound".¹⁴¹

Cependant, en réalité, les juridictions allaient au delà de ce que les parties avaient réellement prévues et 'came to read into the contract what they themselves thought was fair and just, on the pretext that it was the parties' 'intention' ". Finallement, " it was admitted that the agreement of the parties was not an exclusive source, but only one to be deferred to when it could be established. "¹⁴² De l'examen de la volonté des parties, on passait alors à celui du contexte entourant l'accord de volonté. Ce processus conduisit tout naturellement aux dispositions figurant dans le UCC.

b) Evolution du droit : Nouveau texte, nouveaux principes.

C'est ainsi qu'à la fin de la seconde guerre mondiale, la conférence des délégués et l'institut du droit américain se sont attelés conjointement à l'élaboration d'un Uniform Commercial Code, général et à jour, destiné à remplacer les anciennes lois uniformes.¹⁴³ Le UCC a introduit en droit américain une flexibilité qui lui était jusqu'alors étrangère¹⁴⁴ en permettant expressément au juge d'adapter les contrats au contexte économique.¹⁴⁵

¹⁴¹F. Bayless, "Failure to Include all Material Terms under the Code" (1964) 19 Wyoming Law Journal, 82.

¹⁴²E-A. Farnsworth, *supra*, note 140, 862, 864, 866.

¹⁴³E-A. Farnsworth, *supra*, note 140, 872.

¹⁴⁴Quoique les articles 9 et 10 du Uniform Sales Act prévoient déjà une certaine flexibilité que le UCC a élargie. D. Murray, " The Open-Price Sale of Goods Contract in a World-wide Setting " (1984) 89 Commercial Law Journal, 491. De même selon E-A. Farnsworth, " Si l'on porte un jugement d'ensemble, le code n'a pas apporté de bouleversement radical dans les notions et les doctrines. Il a plutôt constitué une tentative de remise en ordre du droit, pour l'adapter à la pratique actuelle du commerce. Il ne rompt pas non plus complètement avec le passé " et déclare que "les principes du droit et de l'équité, notamment ceux du droit commercial, doivent compléter ses dispositions". Dans E-A. Farnsworth, *Introduction au système juridique des Etats-Unis*, Paris, L.G.D.J., 1986.

¹⁴⁵I. Corbisier, *supra*, note 82, 808.

Le Uniform Commercial Code réglemente les contrats de vente¹⁴⁶ et leur prix dans sa section 2-305¹⁴⁷ qui prévoit que :

- "(1) The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if
 - (a) nothing is said as to 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 that is to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in 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 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 so to do must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account".

La section 2-305 du UCC abolit le concept d'"agreement to agree" et la sanction d'"indefiniteness". Il ne reconnaît plus à aucun élément du contrat de vente le statut d'élément essentiel. Seule compte l'intention des parties.¹⁴⁸ Le UCC laisse cependant la voie ouverte à l'annulation du contrat si cette intention de contracter fait défaut.¹⁴⁹ Il remplace des règles abstraites par des standards dont l'utilisation repose sur une présomption réfragable de comportement raisonnable des parties.¹⁵⁰ Néanmoins les parties peuvent

¹⁴⁶ En vertu de la section 2-102 du UCC. La définition du contrat de vente est cependant extrêmement large et englobe en réalité les contrats de distribution, voire même ceux de services. Cette application aux contrats de distribution est, par ailleurs, communément admise. Ch. Hewitt, "Termination of Dealer Franchises and the Code - Mixing Classified and Co-ordinated Uncertainty with Conflict" (1967) 22 Business Lawyer, 1075.

¹⁴⁷ *UCC, Twelfth Edition, Official Text with Comment*, US, West Publishing Co., 1990. Dernière édition du UCC.

¹⁴⁸ T. Quinn & B. O'Neil, *supra*, note 138, 69, "The critical question is not whether the price has been left open, but whether the parties agreed to close a deal with finality and leave the price term open or flexible."

¹⁴⁹ T. Quinn & B. O'Neil, *supra*, note 138, III, S.2-174 [8].

¹⁵⁰ I. Corbisier, *supra*, note 82.

expressément faire du prix un élément essentiel.¹⁵¹ A défaut, le juge dispose en quelque sorte d'un mandat prévu expressément par la loi, mandat en vertu duquel il va se substituer aux parties et leur imposer un prix fixé en conformité avec les dispositions du UCC. Grâce à la recherche de l'intention et au principe de bonne foi, le juge peut fixer un prix "raisonnable". En pratique la nullité d'un contrat est donc exceptionnelle,¹⁵² l'objectif premier du UCC étant de "sauver" le contrat. Les tribunaux interviennent pour combler les lacunes chaque fois qu'un résultat raisonnable peut être déduit d'éléments objectifs tels que le comportement antérieur des parties, la pratique ou les usages dominants.¹⁵³ Cette intervention se fait grâce à l'existence de "gap-filler" :

"A gap-filler is a term supplied by the courts either because the court feels that the parties would have agreed upon the term if it had been brought to their attention or because it is "a term which comports with community standards of fairness and policy". Terms are implied not because they are just or reasonable, but rather for the reason that the parties must have intended them and have only failed to express them".¹⁵⁴

En comparaison, "civil law countries codes such as France and Germany do not contain express gap filling provisions".¹⁵⁵ Cependant, en pratique, les pays civilistes "supplement their civil codes by referring to the general principles which underlie the provisions of their respective codes".¹⁵⁶ La convention de Vienne introduit la notion de "gap filling" en droit international notamment dans son article 7.¹⁵⁷ Cette procédure constitue une "delicate

¹⁵¹L. Marasinghe, *Contract of Sale in International Trade Law*, Singapore, Butterworths Asia, 1992, 190 : "No contract exists where it was the intention of the parties to be bound to the contract only if the price was fixed or agreed as intended by the parties. This rule is more a principle of common law and, therefore, is common to both the UCC and the English common law."

¹⁵²J. Paulsson, *supra*, note 136.

¹⁵³J. Paulsson, *supra*, note 136.

¹⁵⁴J. Calamari & J. Perillo, *Contracts*, US, West Publishing Company, 1987, 57.

¹⁵⁵M. Rosenberg, "The Vienna Convention : Uniformity in Interpretation for Gap-Filling - An Analysis and Application" (1992) 20 Australian Business Law Review, 443.

¹⁵⁶*Ibid.*

¹⁵⁷L'article 7 alinéa 1er de la convention de Vienne prévoit que "Pour l'interprétation de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international".

balance between developing the convention's general principles and recourse to domestic law".¹⁵⁸ La convention de Vienne n'a cependant pas pu introduire un tel système en matière de prix. Il aura fallu attendre l'article 5.7. des principes généraux d'UNIDROIT. Malgré l'existence de procédés de droit sensiblement similaires entre pays civilistes et pays de common law, la jurisprudence parvient à un résultat opposé en matière de détermination du prix. Avant d'examiner cette situation, voyons quelles sont les modalités et difficultés d'application de l'open price américain.

2. L'application du système de l'open price.

a) Le processus décisionnel.

Le juge procède par différentes étapes selon que le contrat ne fixe pas de prix, que le prix devait être négocié ou fixé plus tard mais ne l'a pas été, ou que le prix devait être déterminé par rapport au prix d'un marché donné, lequel se révèle impossible à déterminer ou à appliquer.¹⁵⁹

- La recherche de l'intention de parties.

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, le juge vérifie tout d'abord si les parties avaient bien l'intention de contracter. Les parties ont-elles entendu se lier par un contrat ?¹⁶⁰ Afin d'établir l'existence d'un contrat valablement conclu, la partie invoquant le contrat ou sa violation doit apporter la preuve que les parties sont tombées d'accord sur les termes et

¹⁵⁸M. Rosenberg, *supra*, note 155, 450.

¹⁵⁹W. Henning & G. Wallach, *supra*, note 137, 3.08, p.3-55.

¹⁶⁰" Section 2-305 does not search for some supposed intent on the part of the parties as to what should happen if their external price standard should fail. Rather it seeks to uphold the parties' original intent to contract. The intent of the parties as ascertainable at the time of contract, and not their intent as they stand in controversy before the court. " Note, "UCC Section 2-305 (1) (c): Open Price Terms and the Intention of the Parties in Sales Contracts" (1967) 1 Valparaiso University Law Review, 398.

conditions du contrat.¹⁶¹ La preuve peut en être apportée par tous moyens. Cette recherche constitue une question de fait délicate, appartenant au jury. Dans l'instruction de celui-ci, la Cour l'informe de ce que :

"Sir ce intent, including intent to be bound, is not always susceptible to direct proof because it relates to a person's state of minds, the law presumes that a person intends the natural and probable results of one's acts. The meeting of the minds or the mutual manifestation of intent may be made wholly or partly by written or spoken words or by other acts or conduct, and an internal or unexpressed intention not to be bound is not effective. In making this determination as to whether there was an agreement between the parties, you must use an objective approach. Each party's intent to enter into the alleged agreement must be determined by considering the relationship of the parties, including what they said and what they did, in all the surrounding circumstances. Moreover, the parties must have reached an agreement as to all its essential terms. There must be an offer by one side which is accepted to by the other side. If they failed to agree on a single essential term, then you must find that the parties did not enter into the agreement. A term is essential to an agreement if it seriously affects the rights and obligations of the parties. Such terms include price, quantity, duration, and consideration."¹⁶² (souligné par nous)

Le prix est toujours un élément essentiel du contrat dans le UCC. Mais le terme ne recouvre plus la même réalité qu'en droit français. Le juge constate en premier lieu s'il y a bien eu manifestation de la volonté d'être lié. Il se penche, en second lieu, sur la question du prix, constatant soit sa fixation soit son indétermination. Si le prix est déterminé ou déterminable, il appliquera le prix ou la formule prévu. Si les parties n'ont rien dit, il présupposera l'existence d'une lacune (ou "gap") volontaire qu'il se chargera de combler. Dans les deux cas, le juge fixera lui-même un prix alternatif (dans l'hypothèse de clause de marché) ou un prix raisonnable. Voyons plus en profondeur chacune de ces hypothèses.

- Les parties se sont entendues sur un prix.

Dans la plupart des hypothèses, les parties se sont entendues sur un prix lors de la conclusion du contrat. Il n'y a pas de difficulté majeure dans ce cas. Cependant une

¹⁶¹" The phrase 'if they so intent' leaves correspondingly difficult problem of ascertaining what they so intent ". Valparaiso, *supra*, note 160, 404.

¹⁶²Paper Corporation of the United States v. Schoeller Technical Papers Inc., SDNY 1992, 807 F.Supp.337.

mésentente peut survenir et annihiler toute disposition. Ainsi dans l'affaire Big Farmer, Inc. v. Agridata Resourcess, Inc.,¹⁶³ les parties ne s'étaient pas entendues, concernant une vente de carnet d'adresses ou " mailing lists ", sur les termes " per net name added " et " per name added ". Le juge a trouvé en l'espèce qu'il n'y avait pas eu de " meeting of the minds " et, par voie de conséquence, a conclu à l'absence de contrat :

" Since the invoice and rate card stated one price term, and the letter another, the conflicting terms "knocked-out" each other and the agreement between the parties was considered to have said nothing about the price. "

Le contrat n'en est pas moins valable, pour autant que le juge puisse lui donner un prix.

- La clause prix est laissée ouverte.

Si les parties n'ont rien précisé, la section 2-305 du UCC permettra au juge de présumer que les parties ont entendu laisser le terme ouvert. En l'occurrence, il appartiendra au juge, en vertu du 'pouvoir' conféré par le UCC, de fixer un prix raisonnable.¹⁶⁴ La fixation de ce prix se fait en fonction des preuves apportées par les parties. Le prix peut être déterminé à dire d'expert (chacune des parties fera comparaître un expert devant le jury), ou en fonction de tous éléments pouvant être apportés par les parties. En l'absence de tels éléments le juge a deux options : fixer lui-même le prix en fonction de sa propre connaissance de ceux pratiqués, ou conclure à l'absence de contrat en raison de l'absence de prix.¹⁶⁵ Cette

¹⁶³ Big Farmer, Inc. v. Agridata Resourcess, Inc., (1991) 16 UCC Rep. Serv.2nd 564 ; N.E.2d 783 (III App Ct, decided October 25, 1991) UCC (1992) Bulletin No 4 p.7. Big Farmer était une société fournissant des carnets d'adresses à diverses sociétés agricoles, tandis qu'Agridata était un éditeur de magazine agricole. Le contrat avait pour objet l'achat d'un de ces carnets d'adresses de 750 noms.

¹⁶⁴ Schmieder v. Standard Oil Co. of Indiana, Wisconsin Supreme Court, (June 30, 1975) 69 Wis.2d 419 ; 17 UCC Rep. Serv. 360. En l'espèce, à l'issue d'un contrat conclu entre un distributeur, (Schmieder), et une compagnie pétrolière, (Standard Oil), le distributeur devait restituer des " tanks, pumps, valves, hoses and nozzles located throughout his territory ". Le contrat ouvrait une option de rachat de ces équipements à un prix déterminable. Seul le calcul de la dépréciation du matériel n'était pas déterminé. La cour a considéré que le contrat avait été formé et a fixé le montant de la dépréciation : " Standard Oil, by exercising its option to purchase the equipment, did create a valid contract to purchase that equipment although the price was yet to be determined. "

¹⁶⁵ Big Farmer, *supra*, note 163, 786 : " The difficulty with the case at bar is that the plaintiff offered no testimony as to the reasonable value of the services rendered. Unfortunately it left the trial court without proof of the reasonable value of the services provided. "

dernière hypothèse n'interviendra que dans des cas extrêmes où la particularité de la chose ou du service rendu est telle que le juge ne dispose d'aucun élément de référence extérieur au contrat pour fixer le prix. Dans la plupart des cas, le juge disposera de preuves apportées par les parties ou d'indices lui permettant de fixer un prix raisonnable.¹⁶⁶

- Le vendeur a failli à son obligation de fixer le prix ou a fixé un prix excessif.

Le UCC permet la fixation unilatérale du prix. Dans cette hypothèse, il appartient à une des parties -le plus souvent le vendeur- de fixer le prix ultérieurement. Le vendeur n'est pas entièrement libre, puisque la fixation du prix doit se faire de bonne foi. Dans l'hypothèse où l'acheteur conteste le prix, il lui appartient de démontrer que le prix est excessif ou non raisonnable. Le juge est libre d'accepter ou de refuser l'argumentation de l'acheteur. Ainsi, dans l'affaire TCP Industries, Inc. v. Uniroyal, Inc.,¹⁶⁷ le juge considéra que la preuve de la fixation de mauvaise foi n'avait pas été apportée dans la mesure où :

“A merchant seller is not required to price at a fair market value under a contract with an open term, but is only required to set reasonable prices pursuant to reasonable commercial standards of fair dealing in trade.”

Dans l'hypothèse où le caractère excessif du prix est admis par la cour, le juge pourra fixer, en fonctions des éléments mis à sa disposition, un prix raisonnable. Mais encore convient-il d'apporter de bons arguments : un prix supérieur à ceux pratiqués par les concurrents ne suffit pas à lui seul,¹⁶⁸ et les données invoquées par la partie contestant la fixation du prix

¹⁶⁶Mickelian Sales Co. Inc. v. Nathan Gilbert & Sons, Inc. US Department of Agriculture, (September 5, 1967) ; 26 AD 988 ; 4 UCC Rep. Serv. 852. En l'espèce un accord verbal portant sur l'achat de pêches avait été passé. Aucun élément ne permettait d'établir s'il y avait eu accord ou non sur le prix. En conséquence, prenant en considération la preuve apportée par l'une des parties et en l'absence de tout autre élément, le juge fixa lui-même le prix précisant que celui-ci avait été fixé "by taking the returns from sales of \$ X, and deducting expenses of \$ Y, and an additional \$ Z as the reasonable cost of selling".

¹⁶⁷TCP Industries, Inc. v. Uniroyal, Inc., 661 F.2d, 542. La société TCP (distributeur de butadiene) était liée à la société Uniroyal par deux contrats (l'un de 1970 et l'autre de 1974). La clause prix -"escalation clause"- laissait beaucoup de liberté au vendeur dans la fixation du prix. Après plusieurs années de relations commerciales, Uniroyal s'aperçut que la société TCP avait systématiquement surchargé ses factures. Uniroyal intenta alors une action en justice afin de recouvrir ce qu'elle considérait comme indû. L'action fut rejetée dans la mesure où, selon le juge, un prix raisonnable ne doit pas forcément être un prix correspondant à celui du marché.

¹⁶⁸The Vermont Morgan Corporation v. Ringer Enterprises, 461 N.Y.Suppl. 446. En matière de fixation de prix d'essence.

doivent être comparables. Ainsi dans une affaire Spartan Grain & Mill Company v. Ayers¹⁶⁹ le juge a considéré que :

“ The prices charged by these other sellers could not validly be compared to those charged by Spartan. The Spartan's prices were not necessarily unreasonable because they were higher than those charged by the other sellers, since it also committed itself to purchase and market all the producers' eggs. ”

Le UCC prévoit également qu'en cas de non fixation du prix par l'une des parties, l'autre partie dispose de deux options. Il peut soit considérer le contrat comme résolu, soit fixer lui-même un prix raisonnable. Reste à savoir le moment à partir duquel on peut considérer que l'une des parties a failli à son obligation de fixation - notamment dans l'hypothèse où aucun délai et aucune limitation n'ont été prévus. La liberté de fixation du prix par l'une des parties n'est donc pas illimitée. L'épée de Damoclès menace excès et retard...

- **La clause de variation ou d'indexation ne fonctionne pas ou cesse de fonctionner.**

Enfin, le juge peut être saisi afin de se prononcer sur la mise en jeu des mécanismes de fixation de prix prévus au contrat. Ainsi, dans l'affaire Wagner Excello Foods, Inc. v. Fearn International, Inc.,¹⁷⁰ le contrat ne mentionnait pas de prix mais comportait la clause suivante :

“ Review the price per case of each product every four-month period. Thirty days before the end of each four-month period, the buyer was required to notify the seller of any proposed price changes for the upcoming period. If he failed to object, the new price would go into effect. If he objected, the parties would seek to 'mutually agree' on the price change. If they were unable to agree on a price, the agreement terminated 30 days after the end of the four-month period. ”

¹⁶⁹ Spartan Grain & Mill Company v. Ayers, 517 F.2d, 214. En l'espèce la société Spartan s'était engagée à fournir à la société Ayers des aliments pour poulets ainsi qu'à marquer puis distribuer les œufs pondus par ces mêmes volailles. Ayers poursuivit Spartan pour prix excessif.

¹⁷⁰ Wagner Excello Foods, Inc. v. Fearn International, Inc., Illinois Appellate Court, First District, (September 4, 1992) 235 III App 3d 224 ; 601 NE2d 956 ; 20 UCC Rep. Serv. 1221. En l'espèce, les parties étaient liées par un contrat de fabrication de concentré de jus de fruit prévoyant l'achat d'une certaine quantité de concentré sur un certain nombre d'années. Pendant 5 ans, Fearn acheta nettement en dessous des quotas fixés dans le contrat et rompit le contrat avant l'échéance, invoquant pour sa défense l'inexistence du contrat en raison de l'absence de prix.

Bien que la clause n'ait jamais réellement fonctionné telle que prévue, le juge considéra que, le contrat ayant été exécuté, le prix devait être considéré comme existant conformément à l'article 2-305 du UCC.

Le même raisonnement s'applique en cas de disparition de la clause d'indexation du prix. Dans l'affaire Northwest Central Pipeline Corp. v. Jer Partnership,¹⁷¹ le juge considéra que "in the absence of a seller request for redetermination, the parties intended the last regulated price to be the contract price upon deregulation." Il peut également être fait référence au prix de marché. Dans cette hypothèse, si la référence ne fonctionne pas, le juge fixera un prix raisonnable en faisant, si possible, référence à un marché similaire.¹⁷²

Cependant le juge peut aussi considérer que les éléments de preuve apportés ne lui permettent pas d'opérer cette substitution. Ainsi, dans l'affaire North Central Airlines v. Continental Oil Company,¹⁷³ le juge a considéré que :

"The Code requires that when the agreed standard fails, a reasonable price is substituted, leaving the contract to be enforced according to its remaining terms. While it might be possible, using the terms contained in the escalation clause, to fashion a contract price, such an exercise would amount to price speculation. The contract does not prescribe the manner in which the average should be taken when two-tier pricing exists. While the language chosen by the parties constitutes strong evidence both of the intent of the parties and what price is reasonable, this evidence is not enough, in view of the applicable statute to make an indefinite price term capable of enforcement."¹⁷⁴

¹⁷¹ Northwest Central Pipeline Corp. v. Fer Partnership, US Courts of Appeals, Tenth Circuit, (August 30, 1991) ; 943 F2d 1219 ; 16 UCC Rep. Serv. 1004. En l'espèce, trois contrats à long terme de fourniture de gaz, prévoient un "take-or-pay agreement for a term of twenty years" basé sur prix "regulated under the Natural Gas Policy Act of 1978". La Cour d'appel fédérale a considéré que la dérégulation de ce prix (ayant eu lieu en 1985) avait été prévue dans la clause de prix prévoyant un mécanisme de redétermination du prix, que ce mécanisme "creates an open price term upon regulation."

¹⁷² Bethleem Steel Company v. Turner Construction Company, 2 NY.2d.456.

¹⁷³ North Central Airlines v. Continental Oil Company, 574 F.2d.582, 23 UCC Rep. Serv. 581 (D.C. Cir.1978). En l'espèce une compagnie pétrolière fournissait en essence une société d'aviation. Une clause de variation de prix, destinée à stabiliser les prix, était indexée sur un prix publié par Continental Oil Company et Pan American Petroleum. Cette clause d'indexation prévoyait un plafond maximum. A la suite de la crise de 1970, la compagnie fut obligée de geler ses prix et par conséquent de supporter seule la répercussion de l'augmentation du prix du pétrole.

¹⁷⁴ *Ibid.*

De même, le juge peut refuser de fixer un prix, même raisonnable, non plus pour des raisons économiques mais pour des raisons d'interprétation de la volonté des parties. Ainsi, dans l'affaire Interstate Sales Company v. Interstate Container Corporation,¹⁷⁵ il a été jugé que "when the five mill formula, intended here as the only binding method of fixing price, became indeterminable, the contract became unenforceable." Rien ne permet donc de dire, par avance, comment le juge va interpréter la volonté des parties et s'il interviendra, en dépit d'un texte le lui permettant, pour combler les lacunes du contrat. Cette intervention reste à la discrétion du juge américain. Ce système a, par ailleurs, d'autres faiblesses.

b) Analyse de l'open price américain.

Malgré l'apparente simplicité du système, il n'est pas évident de classifier et de déterminer la ligne de conduite du juge. La recherche de l'intention des parties et la détermination d'un prix raisonnable demeurent éminemment subjectives.

- La difficile notion d'intention des parties.

La recherche de l'intention des parties est une question difficile et subjective. Si la plupart du temps l'écrit permet de déterminer qu'elle a été la volonté des parties, la clarté n'est pas toujours de mise. Ainsi,

"Intend to be bound will be a very critical issue where, in the absence of express language, there are differences of opinion between the contracting parties on whether they intended to be bound at the time of execution of the contract or not until the price is fixed in the manner agreed".¹⁷⁶

¹⁷⁵Interstate Sales Company v. Interstate Container Corporation, CA Cal. 1964, 731 F 2d, 449. Le contrat liant ces deux sociétés avait indexé le prix sur "the published market price listed to jobbers by five different plants". Or "the five mill formula became unworkable because some of the listed mills went out of business and others did not publish prices."

¹⁷⁶F. Bayless, "Failure to Include all Material Terms under the Code," *supra*, note 141, 88.

Cette recherche est d'autant plus difficile que, souvent, un dialogue de sourd peut s'instaurer. Le traditionnel dilemme entre le "I say what I mean" et "I mean what I say".¹⁷⁷ Le juge peut donc en arriver à créer une intention qui n'existe pas :

"A court may even find itself in a situation of having to impose an intent on the parties when in fact there was no original well-defined or inarticulated intention, or none that would coincide to the parties' actual intention as it existed at the time of contracting."¹⁷⁸

On peut également se poser la question de savoir si, malgré l'existence d'une volonté claire au moment de la conclusion du contrat, il est toujours opportun d'imposer aux parties un accord alors que celles-ci ne s'entendent plus. Est-il souhaitable de maintenir des relations commerciales contre la volonté de leurs protagonistes ? En somme, "is court adjustment ever appropriate when the parties cannot reach agreement themselves ?"¹⁷⁹ Surtout lorsque ces relations s'installent dans la durée. En réponse à cette question, il a été soutenu que "courts lack sufficient standards to reshape the contract to reflect what the parties should have agreed to *ex post* or what they would have agreed to *ex ante*" et, qu'en conséquence, "court adjustment must be limited to situations in which the existing contract offers sufficient guidance to permit an adjustment that respect the reasonable expectations."¹⁸⁰

- La très grande liberté du juge.

Le fait est que le juge dispose de plus de liberté lorsque les parties ont laissé le terme ouvert que lorsqu'elles ont entendu fixer le prix ultérieurement, personnellement ou par le biais d'une tierce personne.¹⁸¹ En effet,

¹⁷⁷E-A. Farnsworth, *supra*, note 140, 874.

¹⁷⁸Valparaiso, *supra*, note 160, 404.

¹⁷⁹R. Hillman, "Court Adjustment of Long-Term Contract - An Analysis under Modern Contract Law" (1987) 1 *Duke Law Journal*, 19.

¹⁸⁰R. Hillman, *supra*, note 179, 19 et 20.

¹⁸¹D. Nelson, *Williston on Sales*, NY, Clark Boardman Callaghan, 1992, 385.

"When long terms contracts are made in times of fluctuating markets, it is natural to find the parties reluctant to bind themselves to fixed price. But an agreement for the sale of goods at a price to be agreed is in a sense more difficult to enforce than one which simply says nothing about the price. In the latter case, the courts may claim merely to be supplementing the agreement of the parties by determining the amount of the reasonable price which the buyer has to pay. In the former case, they are in a sense overriding the agreement, if they substitute their own notion of what was reasonable for a figure which the parties may have reached after being regarded as a mere contract to make contract, and such an agreement it is too uncertain to have any binding force. Accordingly, there are cases in which agreements containing such open price terms have been held not to constitute binding contracts. However, where parties believe such an agreement to be binding and act upon it over a period of time, the courts will be reluctant to invalidate it, particularly where the party alleging its invalidity has obtained substantial benefits under it, which he has not offered to restore".¹⁸² (souligné par nous)

- L'absence de définition.

La section 2-305 ne définit ni la notion de prix,¹⁸³ ni celle de prix 'raisonnable'. Apparemment, les rédacteurs du UCC voulaient laisser aux cours et tribunaux la liberté la plus totale.¹⁸⁴ Les juges disposent donc d'une liberté extrême dans la mesure où, d'une part, aucune restriction ne leur est imposée de part la loi et, d'autre part, il s'agit d'une question de fait donc de subjectivité difficilement contrôlable par les cours supérieures. Cette liberté présente à la fois des côtés positifs et négatifs. Ce système permet en effet au juge de sauver des contrats de la mort puisque le juge peut se substituer et rédiger le contrat en lieu et place des parties. Il s'agit là d'une solution réaliste et économiquement préférable pour la survie des contrats. S'agissant d'un pouvoir accordé expressément par un texte, aucune autre justification que la référence à l'applicabilité de la section 2-305 du UCC n'est ici nécessaire.¹⁸⁵ Cependant cette liberté n'est pas sans inconvénient pour le praticien ou l'académicien en quête de certitude. On a vu qu'un prix raisonnable n'est pas forcément synonyme de juste prix, de prix compétitif, de prix de marché...¹⁸⁶ Au contraire sa fixation

¹⁸²G.H. Treiten, *An Outline of the Law of Contract*, London, Butterworths, 1984, 22.

¹⁸³D. Nelson, *Williston on Sales*, *supra*, note 181.

¹⁸⁴W. Hawkland, *Sales Article 2-305 Open-Price Term*, *supra*, note 135, 311.

¹⁸⁶American Jurisprudence 2d, State & Federal 67, Sales, 308.

est sujette à de nombreuses variations et considérations.¹⁸⁷ En effet, les parties peuvent s'entendre ou prévoir de s'entendre ultérieurement sur un prix dépendant du marché, du coût ou du prix de revet. Elles peuvent le fixer en fonction du prix des concurrents ou en vertu d'un accord de prix aligné, prévoir un prix minimum et maximum, des prix alternatifs ou un prix fixé par une tierce personne. En réalité, il n'y a pas de constance et de règles précises.¹⁸⁸ La définition même des termes soulève des difficultés. Ainsi la jurisprudence s'est penchée sur la distinction entre "market price" et "valuation",¹⁸⁹ "market price" et "posted price", "market price" et "reasonable price".¹⁹⁰ Aucun critère n'existant "the court must do the best it can".¹⁹¹ Critère plutôt inquiétant pour un civiliste... De même, le UCC ne précise pas la location géographique de la délivrance pour la fixation du prix de marché¹⁹² : s'agit-il du prix du marché du vendeur, de celui de l'acheteur ou celui d'un autre lieu ?¹⁹³

¹⁸⁷ "The complexity of 2-305 derives from the fact that while it is easy to validate open price or flexible price term contracts by legislative fiat, it is not nearly so easy to set rules for the determination of the price in any given case. Not only are pricing arrangements subject to infinite variations, but a host of supervening factors can complicate the picture. Parties may be unable to cooperate in fixing a price, or do so in bad faith; agreed markets critical to the price may disappear. Into this predictable and inevitable confusion, 2-305 attempt to impose some order. T. Quinn, *Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, Inc., 1991, Cumulative Supplement, 2-110.

¹⁸⁸ W. Prossner, *supra*, note 139, 733. Cet article a été écrit préalablement à l'entrée en vigueur de la première version du UCC. Cependant certains de ces arguments demeurent exacts, même après l'adoption du système de prix raisonnable préconisé par Prossner comme la solution aux problèmes rencontrés à l'époque.

¹⁸⁹ Le premier se définit comme "that reasonable sum which the property would bring a fair sale by a man willing but not obliged to sell, to a man willing but not obliged to buy. Alors que le second "is an inherent condition precedent to the obligation to pay since the measure of the obligation cannot be determined in absence of the valuation. If the valuation should fail, therefore, it naturally follows that an obligation based on the precedent condition of valuation cannot be enforced." Valparaiso, *supra*, note 160, 387.

¹⁹⁰ "A reasonable price is not necessarily the same as a market price. Market price seems to be amenable to objective proof, whereas reasonable price in any particular circumstances may well depend on a number of factors, including a previous course of dealing between the parties, on a usage in a particular trade over a period of time, as well as the special circumstances surrounding the particular contract." R. Henson, *The Law of Sales*, US, American Law Institute, 1985, 48.

¹⁹¹ W. Hawkland, *supra*, note 135, 311.

¹⁹² Comme le souligne D. Murray, "while volatile price fluctuations or with a continuous inflationary economy, the timing question becomes a critical one". D. Murray, *supra*, note 144, 493.

¹⁹³ R. Henson, *supra*, note 190, 48.

- La préconstitution de preuves.

Dans la détermination du prix et dans la recherche de ce qui est raisonnable, les parties ont un rôle certain à jouer quant à la preuve. La section 2-305 ne se prononce pas sur la charge de celle-ci. " Each party, therefore, has the burden of proving his own case and each has equal burden of establishing what a reasonable price should be."¹⁹⁴ Il appartient donc à chaque partie de se constituer une preuve préalablement à tout litige.¹⁹⁵ Cette preuve peut devenir difficile lorsque, dans le cas où il appartient à l'une des parties de fixer un prix, la notion de " good faith " se double à celle de " reasonable price ". Là encore, pas de définition mais une question de circonstances.¹⁹⁶

Quelles que soient les critiques encourues par l'open price américain, le système fonctionne et est considéré comme une avancée considérable par rapport au droit l'ayant précédé.¹⁹⁷ Néanmoins ce mécanisme participe d'une philosophie particulière, liée au rôle du juge et des avocats dans la procédure américaine. En effet, si les fondements doctrinaux et les valeurs socio-économiques des deux traditions se ressemblent, des différences institutionnelles importantes demeurent en matière de procédure, d'enseignement et de psychologie.¹⁹⁸ On peut donc se poser ici la question de savoir si ce système est transposable au niveau international ou au niveau national dans des pays de traditions différentes et notamment en France, où la procédure et le fond du droit diffèrent dramatiquement en matière de fixation du prix.

¹⁹⁴ W. Hawkland, *supra*, note 135, 313.

¹⁹⁵ Difficile de penser au divorce à la veille des épousailles ...

¹⁹⁶ Ce terme peut recouvrir de nombreuses choses dans la phase précontractuelle : le refus de négocier, la formulation de proposition irraisonnable, la négociation avec d'autres, la non divulgation de certaines informations, une tactique inappropriée, la rupture des négociations. E-A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations" (1987) 87 Columbia Law Review, 217.

¹⁹⁷ En effet, "the purpose of the Code is to preserve the contract although it fails to fix the price to be paid" American Jurisprudence 2d - State & Federal, 67 - Sales - 213.

¹⁹⁸ F. Werro, *supra*, note 43, 43.

B. LA PORTEE DE L'OPEN PRICE.

En matière de détermination du prix, la Cour de Cassation française a fait preuve d'une rare constance jurisprudentielle.¹⁹⁹ Cette jurisprudence se base sur une interprétation particulière et quelque fois détournée de divers articles du Code Civil, conduisant à de nombreuses critiques. Conseiller l'adoption de la position française en matière internationale pourrait donc paraître fou... mais pourquoi pas ? Il convient pour cela d'analyser les fondements de la jurisprudence de la Cour de Cassation. Peut-on s'obstiner dans la mauvaise voie si l'on pense que l'on a tort ?²⁰⁰ C'est faire peu de cas des sommités siégeant en son sein. Après un bref rappel de la position française, le fondement de la jurisprudence sera recherché afin de déterminer si l'article 5.7 des principes généraux d'UNIDROIT pourrait, d'une part, être appliqué par la jurisprudence française appelée à statuer sur le prix dans des contrats internationaux, et, d'autre part, être étendu aux contrats nationaux par le biais de la jurisprudence ou de la législation.

1. De la nécessité d'un prix déterminé ou déterminable.

Trois grands principes directeurs ont guidé la Cour de Cassation dans son interprétation des articles du code civil : l'affirmation du principe selon lequel le prix est un élément essentiel du contrat, d'où la nécessité qu'il soit déterminé ou déterminable. L'autonomie de la volonté et la force obligatoire des contrats en vertu desquelles la fixation du prix ne doit pas dépendre de la volonté de l'une des parties. Et le principe selon lequel le juge ne peut jamais se substituer aux parties pour fixer ou modifier un prix.

¹⁹⁹D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats*, *supra*, note 14.

²⁰⁰La Cour de Cassation a des raisons que la raison ne connaît pas ?

a) La détermination du prix : Un code et une jurisprudence.

1.1 Un code.

Les articles 1591 et 1592 du Code Civil²⁰¹ exigent un prix déterminé ou tout au moins déterminable. L'article 1591 édicte que " le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ", tandis que l'article 1592 prévoit qu'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". Ces deux articles concernent directement la vente et ont été utilisés par la jurisprudence dans ce domaine. Mais la pratique commerciale se diversifiant, de nouveaux contrats (n'entrant pas dans la catégorie des contrats de vente) sont nés. C'est ainsi que les contrats de distribution (distribution exclusive et sélective, franchise, concession etc...) ont fait leur apparition. Or le Code Civil ne prévoit aucune disposition particulière pour ces contrats. C'est ainsi que la jurisprudence s'est tournée vers les principes généraux du droit des obligations et a trouvé, dans l'article 1129, le fondement de l'exigence d'un prix déterminé ou tout au moins déterminable. Cet article, qui se situe au titre troisième intitulé " Des contrats ou des obligations conventionnelles ", prévoit, dans la section III traitant " De l'objet et de la matière des contrats ", à son article 1129 qu'il " faut que la convention ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. "

1.2 Une jurisprudence.

Voyons plus précisément quel a été le raisonnement qui a permis à la Cour de Cassation ce glissement.

²⁰¹Code Civil Dalloz 1994-95, Paris, Dalloz, 1994.

- La jurisprudence des pompistes de marques.

L'affirmation de la nécessité d'un prix déterminé ou déterminable est issue de la jurisprudence des pompistes de marques de 1971.²⁰² Cette jurisprudence concernait des contrats liant des pompistes à des compagnies pétrolières. A l'issue de cette jurisprudence, ce ne fut pas le principe même de la nécessité d'un prix déterminé ou déterminable qui fut remis en question, mais son application à des contrats autres que des contrats de vente. En effet, la Cour de Cassation assimilait le contrat d'approvisionnement exclusif à un contrat de vente, ou des contrats de ventes successifs, afin de pouvoir utiliser l'article 1591 aux fins de contrôler la détermination du prix.²⁰³ Or ces contrats ne constituent pas des contrats de vente à proprement parler, mais des contrats spécifiques, ou contrat-cadre, ayant pour objet l'organisation de rapports économiques et juridiques suivis entre des partenaires économiques.²⁰⁴ Ces contrats-cadre sont suivis de contrat d'application ne prenant pas forcément la forme d'une vente.²⁰⁵ L'assimilation du contrat d'approvisionnement exclusif à la vente paraissait donc excessive.

²⁰²Cass. Com. 27 avril et 5 novembre 1971, D. 1972, 353, note J. Ghestin. Trois espèces : Socomanul c. Esso Standard ; Elf-Distribution c. Garage Exor ; Strauch c. Calmes. Les distributeurs de carburants s'étaient engagés à s'approvisionner exclusivement auprès de compagnies pétrolières déterminées, en échange d'avantages financiers divers (prêt ou fourniture de matériel d'exploitation...). Aucune mention n'était faite quant au prix auquel seraient facturés les produits vendus, puisqu'à l'époque un arrêté du 28 octobre 1952 définissait la marge bénéficiaire maximum devant revenir au détaillant et au grossiste. Mais, le 27 mai 1963, l'administration ne fixa plus que le prix maximum de revente aux consommateurs et opéra une fusion des deux marges professionnelles. À compter du 1er octobre 1963, le prix n'était donc plus déterminable. Une renégociation s'en suivit, durant laquelle les pompistes cherchèrent à améliorer leur marge bénéficiaire au détriment des compagnies pétrolières qui s'y opposèrent. Les pompistes prétendirent alors que leurs contrats étaient devenus caducs depuis l'intervention de la nouvelle réglementation. La Cour de Cassation leur donna raison en cassant larrêt ayant jugé que : "La convention de vente exclusive de carburants consentie restait applicable, alors qu'il n'existant aucun accord entre les parties, que ces prix ne constituaient pas des prix de marché et qu'il n'était pas établi que leurs éléments ne dépendaient pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties", que, de plus, "il n'était pas possible, sans trahir la commune intention des parties, d'imposer les marges et prix en vigueur lors du changement de système", que "le prix limite avait été la cause déterminante de l'accord des parties sur ces prix, et, ce caractère ayant disparu, ont pu en déduire que l'accord antérieur était devenu caduc".

²⁰³M-F. Coutant, Note sous-arrêt, J.C.P. 1994 II.22295.

²⁰⁴J. Ghestin, Note sous arrêt, D. 1972, 355.

²⁰⁵M-A. Frison-Roche, "L'indétermination du prix" (1992) Revue Trimestrielle de Droit Civil, 275.

- La jurisprudence des contrats dit de bière.

Pour résoudre la difficulté de la qualification du contrat, la Cour de Cassation a utilisé l'article 1129 du Code Civil.²⁰⁶ Ce glissement s'est opéré à propos des contrats d'assistance et de fourniture conclus entre brasseurs et détaillants, plus connue sous le nom de l'affaire EUROBRA ou des contrats dits de "bière".²⁰⁷ La Cour de Cassation révisa sa position en matière de qualification du contrat en jugeant que le contrat de fourniture exclusive ne pouvait être considéré comme un contrat de vente, qu'il s'agissait, en réalité, d'une convention cadre en vertu de laquelle doivent être conclues des ventes, et que "seules ces dernières doivent remplir la condition prévue à l'article 1591".²⁰⁸ Cependant la Cour parvint à maintenir la nécessité d'un prix déterminable en se fondant cette fois sur l'article 1129 du code civil. La Cour de Cassation jugea que :

"Attendu qu'en considérant que le prix des fournitures en cause était déterminable suivant les énonciations du contrat, sans rechercher 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".²⁰⁹

Cette nouvelle position fut également critiquée. En effet d'un point de vue théorique, l'article 1129 concerne la "quotité de la chose". Or, *a priori*, le prix est une réalité distincte de la chose.²¹⁰ Afin d'établir une passerelle entre ces deux notions, la Cour de

²⁰⁶L'article 1129 dispose que "Il faut que la convention ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée".

²⁰⁷Cass. Com. 11 octobre 1978, D. 1979, 135, note R. Houin ; J.C.P. 1979, II.19034, note Y. Loussouarn. Deux espèces : Soc. Européenne de Brasserie c. Portella, et S.A. Brasserie Guillaume Tell c. Soc. Européenne de Brasseries "Eurobra". En l'espèce, les débiteurs de boissons s'étaient engagés, en contrepartie d'avantages financiers, à s'approvisionner exclusivement auprès de la société EUROBRA. Le prix étant celui "habituellement pratiqué pour des marchandises de même qualité sur la place où est exploité le fonds". A la différence des contrats de bière classique, EUROBRA ne vendait pas directement la bière aux débitants de boissons, mais faisait commercialiser ses produits par des distributeurs indépendants. Il y avait donc contrat de vente entre le distributeur et le détaillant et non entre le fabricant et le détaillant.

²⁰⁸*Ibid.*, 1ère espèce.

²⁰⁹*Ibid.*, 2ème espèce.

²¹⁰M-A. Frison-Roche, *supra*, note 205.

Cassation considéra que la chose n'était qu'un exemple "d'objet de l'obligation" et que ce qui valait pour la chose, valait aussi pour le prix.²¹¹ Cependant cette interprétation soulevait une nouvelle difficulté qui donne lieu aujourd'hui à une nouvelle doctrine : toutes les espèces d'obligations relèvent-elles de l'article 1129 ou ne convient-il pas de faire une distinction entre les obligations de donner et les obligations de faire ?²¹² La séparation entre ces deux types d'obligations est difficile, surtout dans le cadre de contrats de distribution tels que la franchise.²¹³ D'un point de vue pratique, la position de la Cour de Cassation porte atteinte au principe de la relativité des conventions en imposant à la brasserie une obligation de détermination du prix dans des ventes auxquelles elle n'est pas partie. En effet, le contrat de fourniture généré par le contrat de bière n'intervient pas entre la brasserie et le débitant mais entre le débitant et un distributeur indépendant, commercialisant les produits de la brasserie. De plus, les arrêts annulent le contrat de distribution en son entier, rendant ainsi inefficace la clause pénale existante. Pourtant, ils laissent intacts les contrats connexes relatifs à la caution ou au fonds de commerce alors que ces contrats sont indivisibles.²¹⁴ Cela va également à l'encontre d'une réalité économique en vertu de laquelle il est impossible, dans de tels contrats à long terme, de prévoir des modalités de fixation du prix telles que ce prix puisse être considéré comme déterminable.²¹⁵ Enfin, cette jurisprudence ne favorise pas la moralité commerciale dans la mesure où les distributeurs profitent de la nullité du contrat pour se défaire d'un contrat dont ils ne tirent plus aucun avantage.²¹⁶

²¹¹En simplifiant, le raisonnement est le suivant : L'article 1108 pose parmi les conditions essentielles à la validité d'une convention "un objet certain" qui forme la matière de l'engagement. 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 se trouve ainsi légalement fondée pour tous les contrats si l'on estime que la "chose" au sens de l'article 1129 peut être une somme d'argent. D. Tallon, *supra*, note 14, 17.

²¹²M-A. Frison-Roche, *supra*, note 205, 278.

²¹³La jurisprudence relative au contrat de franchise marque cette hésitation. La chambre commerciale de la cour de cassation analyse dans un premier temps le contrat de franchise "non comme une vente avec obligation de mentionner le prix, mais comme une obligation de faire". (Cass. Com. 9 novembre 1987, Bull. Civ. IV no.237, 177). Quelques mois plus tard, elle revenait sur sa position (Cass. Com. 12 janvier 1988, Bull. Civ. IV no 31, 21). Et cette valse n'est pas terminée ...

²¹⁴M-A. Frison-Roche, *supra*, note 205, 288.

²¹⁵R. Houin, note sous arrêt, D. 1979, 138.

²¹⁶L. Corbisier, *supra*, note 82, 782.

Faisant fi des critiques doctrinales et réprimant la "rébellion"²¹⁷ des cours d'appel, la Cour de Cassation a maintenu sa jurisprudence. Après son extension aux contrats-cadre de fournitures de produits pétroliers,²¹⁸ le principe fut généralisé.²¹⁹ On peut ainsi constater que la validité du contrat est subordonnée à la présence dans le contrat-cadre de dispositions rendant déterminé ou déterminable le prix des contrats d'application. De pareilles clauses engendrent une obligation de contracter et "la validité du contrat qui la produit est subordonnée à la présence en son sein de dispositions permettant de connaître, sans autre discussion entre les parties, les prix sur lesquels les contrats d'application seront conclus."²²⁰ Si une telle prescription n'est pas respectée, le contrat est nul.²²¹ Si, en cours d'application, les éléments qui permettaient la détermination du prix viennent à disparaître, le contrat-cadre est caduc.²²² Quel que soit le contrat, le prix est un élément essentiel à sa validité et son indétermination doit entraîner la nullité du contrat.²²³ A cette jurisprudence

²¹⁷Voir notamment : Nancy, 13 juin 1979 et Cass. Com. 14 janvier 1980, J.C.P. 1981 II.19585, note Gros ; Cass. Com. 13 décembre 1982, Bull. Civ. IV.414.

²¹⁸Voir notamment pour les contrats de pompistes, V. Com. 11 décembre 1978, Bull. Civ. IV n°303, 249 ; Com. 27 avril 1981, Bull. Civ. IV n°188, 150 ; Com. 25 janvier 1982, Bull. Civ. IV n°26, 19 ; Gaz. Pal. 1982.2 Pan. 216, Obs. J. Dupichot ; Com. 30 novembre 1983, Bull. Civ. IV n°333, 288 ; Com. 11 janvier 1984, Bull. Civ. IV n°17, 14 ; Com. 25 février 1986, Bull. Civ. IV n°35, 29 ; Com. 27 avril 1981, Bull. Civ. IV.188 ; Com. 29 juin 1981, J.C.P. 1981 IV.339 ; Com. 25 janvier 1982 Bull. IV.26. De même pour les contrats de bière V.Com. 14 janvier 1980 (2 arrêts) Bull. Civ. IV n°16, 13, n°17, 14 ; D. 1980 IR 570, Obs. B. Audit et Ch. Larroumet ; JCP. 1981.II.1985, note B. Gross ; Gaz. Pal. 1980.I.255, note Ph. Le Tournneau ; Com. 17 novembre 1980, Bull. Civ. IV n°378, 305 ; Com. 27 avril 1981, Bull. Civ. IV n°189, 150 ; Gaz. Pal. 1981.2. Pan.344, Ph. Le Tournneau ; Com. 13 décembre 1982, Bull. Civ. IV n°414, 346 ; Com. 7 novembre 1983, Bull. Civ. IV n°292, 255 ; Com. 22 juillet 1986, Bull. Civ. IV n°190, 162 ; Paris, 23 mars 1988, D. 1988 IR 123.

²¹⁹Paris, 13 novembre 1984, aff. Natalys c. Himbert, Inédit. "Considérant que la jurisprudence en matière d'indétermination du prix ne s'applique pas seulement en matière de produits pétroliers et de contrats de bière ; qu'elle s'applique à tous les contrats, la portée des articles 1129 et 1591 du Code Civil étant absolument générale ; qu'il suffit d'ailleurs sur ce point de se reporter à l'abondante jurisprudence des contrats".

²²⁰J.-M. Mousseron, *Technique Contractuelle*, Paris, F. Lefebvre, 1988, 69.

²²¹Selon Monsieur J. Ghustin, "Le contrat qui exige un nouvel accord des parties pour déterminer l'objet ou le prix ne remplit pas sa fonction sociale d'instrument indispensable des prévisions individuelles, conformément au principe de sécurité juridique". J. Ghustin, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, Paris, Dalloz, 1993, 666.

²²²J.-M. Mousseron, *supra*, note 220, 69.

²²³Aix-en-Provence, 11 janvier 1994 (SNC Azur boissons c/ Mme Gallibert) en matière d'approvisionnement exclusif ; J.C.P. 1994 EdG.II.22295. Voir aussi Com. 16 février 1993, Com. 2 novembre 1993, Com 1 juin 1993 et Paris, 28 juin 1993 au J.C.P.1994 EdG.I.310.

critiquable s'ajoute celle relative aux clauses de marché, tout aussi rigide. En effet, la Cour de Cassation exige, d'une part, que le marché soit spécifique,²²⁴ d'autre part, que la libre concurrence joue et notamment que la fixation du prix ne dépende pas de la volonté d'une des parties,²²⁵ et, enfin, que la référence au prix de marché soit sérieuse, précise et objective.²²⁶

Malgré ses affirmations et l'apparence de principes bien établis, la jurisprudence de la Cour de Cassation est loin d'être limpide et constante. En réalité, depuis ces dernières années, elle a atteint un degré certain d'incertitude.²²⁷ Voyons quels en sont les effets et les raisons.

b) Vers un certain assouplissement à l'égard des contrats de distribution.

Faisant suite à la jurisprudence relative aux contrats de bières et de pompistes, la jurisprudence a abordé un nouveau tournant en 1991. Certains auteurs ont même pu croire à un abandon de l'exigence de la détermination du prix.²²⁸

Le "revirement" de jurisprudence est intervenu lors de l'affaire "Ouest Abri" du 22 janvier 1991.²²⁹ Cette jurisprudence introduit une nouvelle distinction suivant le type de contrat

²²⁴Pour une application de cette exigence voir Aix-en-Provence, 11 janvier 1994, J.C.P. 1994 Ed.G. II 22295.

²²⁵Paris, 28 juin 1993, J.C.P. 1994 Ed.E. I, 310.

²²⁶Cass. Com. 16 février 1993 (1993) Contrat, Conc, Consom. M3 ct 7.

²²⁷Il s'agit ici de la position du professeur L. Aynès pour qui les critères sont "incertains et fluctuants", créant une "grave insécurité juridique" et pour qui "cette politique juridique est un échec", dans L. Aynès "Indétermination du prix dans les contrats de distribution. Comment sortir de l'impasse?" D. 1993 Chr.25.

²²⁸F. Leduc "La détermination du prix, une exigence exceptionnelle" J.C.P. 1992 edG. I. 3631. L'auteur se demande ici si l'exigence de la détermination du prix "n'est pas en passe de devenir exceptionnelle" et si l'évolution de la jurisprudence ne consacre pas "un net recul de cette exigence dans les contrats de distribution exclusive" ainsi que dans les "contrats synallagmatiques créant une obligation pécuniaire."

²²⁹Cass.Com 22 janvier 1991 Bull.Civ IV.35 ; D.1991 175, J.C.P.1991 EdE II.137. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de concession exclusive, intervenu entre un fabricant de roulotte de chantier, la société Ouest Abri, et un spécialiste de la commercialisation de ce type de baraquement, la société Bos. Cet accord portait

d'approvisionnement. Certains contrats seraient soumis à l'obligation de détermination du prix -sur le fondement des articles 1129 et 1591 du Code Civil- alors que d'autres ne le seraient pas. Le critère de la distinction entre ces différents types de contrats reste imprécis. Des auteurs ont suggéré que cela était lié au fait que certains contrats ne s'identifiaient pas à des ventes successives mais à des obligations de faire.²³⁰ D'autres déterminent la validité selon que " le contrat-cadre s'oppose ou ne s'oppose pas à ce que le prix de vente soit fixé ultérieurement par un accord de volonté librement négocié lors des ventes successives, et que le prix soit "librement débattu et accepté par les parties".²³¹ Les interrogations de la doctrine témoignent du flou laissé par la jurisprudence de la Cour de Cassation.²³²

Ces questions se sont accrues avec la jurisprudence du 23 février 1993²³³ où la Cour de Cassation semble admettre la liberté de débattre des prix tout en niant formellement

sur la vente de constructions légères à usages divers (bureau, habitation, sanitaire...). Le concessionnaire s'était engagé à réaliser un chiffre d'affaires minimum et à observer certaines modalités de paiement. La société Bos, arguant de la violation par la société Abri de la clause d'exclusivité, assigna cette dernière en dommages et intérêts. La société Abri se défendit en invoquant la nullité pour indétermination du prix. Dans son attendu de principe, la Cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel au motif qu' "en se déterminant ainsi, après avoir relevé que le contrat avait pour objet d'assurer l'exclusivité de la distribution des produits de la société Ouest Abri par la société BOS, c'est-à-dire essentiellement des obligations de faire et alors que ce contrat ne s'identifiait pas avec les contrats de vente successifs nécessaires à sa mise en oeuvre comportant essentiellement des obligations de donner pour lesquelles il n'était pas allégué que la convention s'opposait à ce que les prix de vente fussent librement débattus et acceptés par les parties, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision." (souligné par nous)

²³⁰Levener (1991) 1 Contrats, conc., consom.

²³¹F. Leduc, *supra*, note 228.

²³²C'est ainsi que la doctrine a tout d'abord cru que la Cour de Cassation avait voulu consacrer la distinction entre les contrats-cadre de distribution contenant essentiellement des obligations de donner, et les contrats-cadre de distribution contenant essentiellement des obligations de faire. Cependant d'autres pensent plutôt que la cour a simplement voulu consacrer une distinction entre les contrats contenant essentiellement une obligation de donner, comme la vente pour laquelle on exige une détermination du prix, et les contrats contenant essentiellement des obligations de faire, comme les contrats-cadre de distribution, pour lesquels il n'y aurait pas automatiquement d'exigence de détermination du prix. Cf M. Behar-Touchais "La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application" J.C.P. 1994 I.3800.

²³³Cass.Com 23 février 1993, D. 1993 379. En l'espèce un fournisseur s'était engagé à fournir à son distributeur une certaine quantité de produits à un tarif prévu pour une année et à renégocier l'année suivante. La Cour de Cassation a jugé que "l'obligation de fournir la société Frère Gourmet à des tarifs privilégiés constituait pour les établissements Champion une simple obligation de faire ; que, dans ces conditions, le fait que le prix comme les quantités aient été soumis pour les années suivantes à la discussion ultérieure des parties n'était pas en soi une cause de nullité de la convention dès lors qu'il n'était pas invoqué qu'une des parties pouvait, sur l'un de ces points, imposer sa volonté à son cocontractant."

l'existence d'une obligation de contracter.²³⁴ Il semblerait que les arrêts se partagent en deux courants difficilement conciliaires.²³⁵ Le premier tend à réduire le domaine de la nullité pour indétermination du prix et le second continue d'appliquer la jurisprudence antérieure.²³⁶ Selon certains auteurs, la jurisprudence du 5 novembre 1991 reviendrait à enlever pratiquement toute portée pratique à la distinction entre obligation de faire et de donner résultant du contrat-cadre.²³⁷ En réalité, la distinction entre obligation de donner et obligation de faire n'est qu'un nouveau moyen de ne pas se poser les bonnes questions. Pourquoi un prix doit-il être déterminé ou déterminable et pourquoi son absence entraîne-t-elle la nullité absolue du contrat ? Comme le conseille M. Tallon, il convient de "laisser reposer en paix l'obligation de donner"²³⁸ et de se poser les véritables questions afin que la Cour de Cassation puisse formuler "des principes clairs et dépourvus de contradiction".²³⁹

2. Un système archaïque fondé sur de mauvaises raisons ?

Au regard de la jurisprudence analysée plus haut, il semble fou d'envisager d'exporter le droit et la jurisprudence française en droit international. Cependant, avant de conclure, voyons quelles sont les motivations d'une telle position.

²³⁴M. Behar-Touchais, "La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application", *supra*, note 232, 25.

²³⁵J. Ghestin, Note sous Cass. Com. 5 novembre 1991, 19 novembre 1991 et 20 février 1993, D. 1993 II, 381.

²³⁶Voir Cass.Com. 2 novembre 1993 et 30 novembre 1993, (1994) 2 Contrat, Conc. et Cons. 22.

²³⁷J. Ghestin, *supra*, note 235, 382.

²³⁸D. Tallon, "Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation en matière de prix)", D. 1992, Chr. 67.

²³⁹J. Ghestin, *supra*, note 235, 384.

a) Une jurisprudence injustifiée et inappropriée.

Certains auteurs considèrent que la nullité pour indétermination du prix se révèle injustifiée et inappropriée.²⁴⁰

Elle est d'une part injustifiée parce qu'elle ne correspond pas à la réalité de la fixation du prix dans les contrats de distribution. Un contrat de distribution peut parfaitement être exécuté sans que le prix des marchandises à acquérir successivement par le distributeur soit déterminable par avance, au sens où l'entend la jurisprudence française.²⁴¹ De plus on peut constater que, souvent, la nullité pour indétermination du prix est invoquée après la rupture du contrat afin de se dégager d'obligations que l'on ne juge plus bénéfiques,²⁴² et ceci en toute impunité.

Elle est d'autre part inappropriée dans la mesure où la nullité n'est pas la "sanction idéale".²⁴³ Et, lorsque la Cour de Cassation, souhaitant éviter la nullité du contrat, adopte la jurisprudence examinée ci-dessus, elle aboutit à une situation encore plus inique puisque, "à seule fin de sauver de la nullité le contrat-cadre, la jurisprudence le prive pratiquement d'effet pour l'avenir puisque les parties ne sont plus tenues de négocier de bonne foi".²⁴⁴ Le contrat de distribution perd alors son principal avantage économique : l'intégration.²⁴⁵ Le contrat de distribution ne doit plus être considéré isolément mais comme s'inscrivant dans une dynamique de groupe. De plus, la rigidité du droit français isole la France et constitue

²⁴⁰L. Aynès, *supra*, note 227.

²⁴¹L. Aynès, *supra*, note 227.

²⁴²Voir par exemple Cass.Com 16 février 1993 Bull.Civ.IV.60, où la défenderesse, après avoir été assignée en responsabilité par la demanderesse pour rupture prématurée des relations contractuelles, invoque en défense la nullité du contrat pour indétermination du prix.

²⁴³D'autant plus qu'il s'agit de la nullité absolue, alors que d'autres solutions seraient envisageables (réduction de prix, nullité relative, fixation du prix).

²⁴⁴M. Behar-Touchais, *supra*, note 232.

²⁴⁵M-A. Frison-Roche, *supra*, note 232, 298.

une entrave à la concurrence à l'intérieur de la Communauté Européenne, entraînant une éviction nationale et internationale du droit français.²⁴⁶ Il convient ici de simplifier la jurisprudence et de la faire coïncider avec les données juridiques ainsi que les réalités économiques et sociales.

Enfin, cette nullité est en totale contradiction avec d'autres droits tels que le droit de la concurrence et le droit des pratiques restrictives et de la transparence tarifaire.²⁴⁷

Diverses solutions ont été préconisées. Une première solution consisterait en l'utilisation de la notion d'abus de dépendance économique²⁴⁸ et de l'impératif de transparence.²⁴⁹ Ainsi la jurisprudence pourrait décider que tout contrat de concession ou de distribution commerciale, fait au tarif du vendeur au jour de la livraison, est nul lorsque le concédant a abusivement utilisé sa position dominante et la dépendance économique du distributeur.²⁵⁰

²⁴⁶Ph. Malaurie, Note sous Cass. Com. 2 juillet 1991, D. 1991, 502.

²⁴⁷En effet, dans le cas du droit de la concurrence, l'article 1er de l'Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 dispose que "les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence". La fixation des prix par la concurrence apparaît donc tout à fait légitime alors qu'une clause d'indexation (préconisée par la jurisprudence en matière d'indétermination du prix), qui aboutit à mettre en oeuvre un système de fixation des prix autonomes par rapport au marché, semblerait plutôt contraire au texte, car de nature à justement remettre en cause le jeu de la concurrence. Dans le cadre du second, la fixation des prix par les fournisseurs doit se faire par le biais de conditions générales de vente uniformes et appliquées sans discrimination. Or la jurisprudence semble ici considérer que le contrat est licite dès lors que le prix peut être librement négocié par le fournisseur et son distributeur au moment de la conclusion des ventes. Cette faculté de libre négociation implique nécessairement que les prix pratiqués puissent être différents de ceux figurant dans les conditions générales. On aboutit ainsi à déclarer nul sur le fondement de l'article 1129, ce qui est recommandé par l'article 33 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 - L. Vogel, "Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution" - D. 1995, Chr. 155, 160-161)

²⁴⁸Prévue par l'Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Article 8.

²⁴⁹Imposé par la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative au surendettement des particuliers.

²⁵⁰Ph. Malaurie, *supra*, note 246, 502.

En deuxième solution, il a été proposé d'avoir recours au principe de bonne foi du troisième alinéa de l'article 1134²⁵¹ puisque le contrat de distribution crée à la charge du fournisseur un devoir de loyauté envers le distributeur. Les membres du réseau ont pour objectif commun la conquête et l'exploitation d'une part de marché. Si le fournisseur use de l'exclusivité dont il bénéficie pour imposer des prix injustes, qui ne permettront pas au distributeur d'affronter la concurrence, il manque à son obligation d'exécuter de bonne foi. Les tribunaux peuvent alors, sans fixer eux-mêmes le prix, condamner le fournisseur à exécuter convenablement le contrat ou à réparer, le cas échéant en nature, les conséquences dommageables de son inexécution. Une première application de l'article 1134 a été faite dans un arrêt du 29 novembre 1994²⁵² où la Cour de Cassation a jugé que :

"Méconnaît les règles relatives à la détermination du prix (1129) et à l'exécution de bonne foi (1134) des conventions, la Cour d'Appel qui annule, pour indétermination du prix, un contrat portant sur l'installation et l'entretien d'un matériel téléphonique et ses extensions futures, dès lors que ce contrat faisait référence à un tarif, de sorte que le prix était déterminable, et qu'il n'était pas allégué que le fournisseur ait abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime".

Cette nouvelle jurisprudence rétablit l'équilibre contractuel puisque, désormais, il ne suffira plus au demandeur, après l'expiration du contrat, de rapprocher la clause de prix de l'article 1129 afin de s'assurer de substantiels bénéfices. Il devra également prouver la faute du fournisseur dans la fixation de ses tarifs. La Cour de Cassation revient ici sur l'idée selon laquelle la fixation unilatérale du tarif jurerait avec "l'essence bilatérale" de la convention. Ce qui importe, ce n'est pas que le prix soit énoncé à l'issue d'une procédure unilatérale mais que sa fixation ne soit pas abusive.²⁵³ La Cour de Cassation s'engage ainsi dans la voie de la libéralisation. Cependant ces hypothèses restent limitées au cas où le contrat a déjà été

²⁵¹L'article 1134 alinéa 3 prévoit que les conventions "doivent être exécutées de bonne foi".

²⁵²En l'espèce un contrat de location d'une installation téléphonique réserve pour une longue durée l'exclusivité des futures modifications de celle-ci au bailleur. D'après la convention, le coût de ces modifications sera déterminé par application du tarif pratiqué par le bailleur. Cass. Civ. 29 novembre 1994. D. 1995 II, 122, note L. Aynès.

²⁵³L. Aynès, Note sous Cass. Civ. 29 novembre 1994, *supra*, note 252, 123.

exécuté et où un prix a été fixé. Il s'agit ici d'un contrôle du juge et non d'une fixation judiciaire du prix.²⁵⁴ Le contrat sera donc toujours annulé dans l'hypothèse où les parties ne se sont pas prononcées sur son prix. Parvenir à un tel résultat actuellement constitue un pas un peu trop grand à franchir. Cependant on ne peut que souhaiter que les chambres civiles et commerciales de la Cour de Cassation confirment cette jurisprudence et s'engagent résolument dans cette nouvelle voie.

Une troisième solution consisterait à se servir de l'article 1135 du code civil pour "sauver" le contrat, à l'instar du Uniform Commercial Code. L'article 1135 prévoit que :

"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".²⁵⁵

Cet article présente l'avantage de la souplesse puisque l'usage et l'équité y sont visés. La notion d'usage a un sens bien déterminé en droit et dans la jurisprudence française. Il s'agit le plus souvent d'usages locaux, professionnels, résultant de la pratique des affaires. Néanmoins, l'usage se définit également comme une "pratique sociale, constituant donc un indice objectif d'une volonté raisonnable et normale".²⁵⁶ Les juges disposeraient donc là d'un nouveau moyen d'interprétation qui, couplé à l'équité, permettrait de sauver le contrat. Cependant la notion d'équité n'est pas définie dans le code civil. Les rédacteurs du code civil y voyaient "les solutions que, d'après le sens commun moral, il est naturel d'admettre".²⁵⁷ Elle reste par ailleurs peu usitée, en tout cas de manière explicite. Cette discréption peut s'expliquer par le contrôle que la Cour de Cassation exerce sur l'utilisation de cette notion. L'interprétation en équité ne doit pas dénaturer des termes clairs et précis de clauses du

²⁵⁴L. Aynès, *supra*, note 252, 123.

²⁵⁵Code civil, Dalloz, Paris, 1994-1995.

²⁵⁶M.H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle*, Publications de l'Université de Rouen, 239.

²⁵⁷Travaux préparatoires du code civil, cité par G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques*, Paris 1995, 135.

contrat.²⁵⁸ L'article 1135 a donc pour limite l'article 1134 du code civil par lequel les conventions tiennent lieu de loi entre les parties.

Il n'en demeure pas moins que l'article 1135, et la notion d'équité qu'il renferme, ont un rôle à jouer en matière de détermination du prix.

Une dernière solution s'inscrit dans la logique du contrat sans prix, inspiré par les principes généraux d'UNIDROIT et les principes européens. Nous verrons quelles en sont les qualités et si le contrat sans prix pourra être appliqué en France. En attendant, voyons ce qui sous-tend la jurisprudence française.

b) Les fondements de la jurisprudence française : rôle et pouvoir du juge.

Certains auteurs, loin de penser que la jurisprudence soit injustifiée ou inappropriée, estiment qu'elle " retrouve son unité lorsqu'elle est replacée autour du non-dit des arrêts, à savoir la protection des parties".²⁵⁹ Il ne s'agit pas seulement de distinguer les obligations de donner des obligations de faire, mais aussi de dégager le principal de l'accessoire afin de déceler la " nature profonde " de la convention litigieuse.²⁶⁰ Qui donc a raison ? La réponse réside dans l'analyse du rôle et de la fonction du juge.

- Le rôle du juge : du postulat d'égalité à la protection.

Les raisons de la persistance d'une telle jurisprudence se trouvent dans la dichotomie existant entre le texte du code civil, " construit autour du postulat de l'égalité et la sanction judiciaire de l'indéterminabilité ", et la politique jurisprudentielle qui puise sa cohérence dans la considération de l'inégalité entre les parties. Le code civil consacre le principe de

²⁵⁸M.H. Maleville, *supra*, note 256, 253

²⁵⁹M-A. Frison-Roche, *supra*, note 205, 269.

²⁶⁰Commentaires M. Jéol, sous Cass.Com 22 janvier 1991, D. 1991, 175.

l'autonomie de la volonté à son article 1134.²⁶¹ A la différence de la common law, le parallèle avec la loi et donc sa force obligatoire est très marqué.²⁶² Le prix doit être déterminé mais aussi et surtout réellement contractuel, donc être fixé par les deux parties et non par une seule d'entre elles.²⁶³ En conséquence, la vente est nulle si elle ne peut être exécutée sans un nouvel accord des parties sur le prix ou si son exécution est subordonnée à une simple manifestation de volonté de son débiteur.²⁶⁴ Ceci découle de l'article 1174 du Code Civil²⁶⁵ qui vise à protéger l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre.²⁶⁶ En vertu de cet article, le contrat est nul si l'exécution de l'une des obligations est soumise à l'arbitraire de son débiteur et la vente est nulle si le prix dépend de la volonté arbitraire de l'une des parties.²⁶⁷

L'utilisation de cette notion est louable mais contestable. En effet, d'une part, la notion d'arbitraire n'a rien à envier au flou laissé par la notion de "raisonnable" du UCC : à partir de quel moment un prix est-il arbitraire ? D'autre part, on peut se demander si le résultat auquel la jurisprudence parvient est fondé. En effet :

"Sur les principes, tous les systèmes sont d'accord. Une partie ne doit pas être à la merci de l'autre et le juge ne doit pas refaire le contrat. Mais ces principes

²⁶¹L'article 1134 alinéa 1er prévoit que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

²⁶²"Il n'existe pas en droit anglais de tradition qui consisterait à rapprocher l'effet des contrats de celui de la loi". Même s'il reconnaît le "binding force" des contrats. S. Whittaker, "Le contrat : la loi unique des parties ?" dans P. Legrand, *Common Law, d'un siècle à l'autre*, Cowansville (Québec), Y. Blais, 1992, 120.

²⁶³Jurisclasseur Civil, article 1591, Fasc. J (1990).

²⁶⁴J. Ghustin, "L'indétermination ...", *supra*, note 16, 297.

²⁶⁵En vertu de cet article "toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige".

²⁶⁶L'arbitraire ne provient pas toujours de celui que l'on croit le plus fort, à savoir le fabricant. En raison des procédés actuels de distribution, une grande surface peut mettre le fabricant dans de sérieuses difficultés si elle refuse de distribuer les produits de ce dernier. Certains auteurs contestent l'applicabilité de l'article 1174 au prix "en ce que l'appréciation de la potestativité s'opère au regard d'une condition et non d'un élément essentiel du contrat. Or, il est contestable que le montant ne soit qu'une modalité du prix". De même, "la potestativité profite à celui qui s'oblige et non pas lorsqu'elle est en faveur de celui qui exige". M.A. Frison-Roche, *supra*, note 205, 290-291.

²⁶⁷J. Ghustin, "L'indétermination du prix ...", *supra*, note 16, 297.

n'imposaient pas pour autant la chasse à la nullité pour indétermination du prix qui s'est engagée depuis 1970, en se fondant souvent sur des considérations de pure technique juridique, sans être toujours soucieuse de la moralité contractuelle et de l'utilité économique. L'essentiel devrait être de rechercher et de faire respecter la volonté des parties.²⁶⁸

Cependant, même si cette argumentation était admise, la question du pouvoir du juge, eu égard à la recherche de la volonté des parties, soulève des difficultés.

- Le pouvoir du juge français.

En effet, le juge ne peut suppléer à la volonté des parties contractantes et fixer un prix raisonnable comme peut le faire le juge américain. Le juge français est censé n'opérer, en théorie, qu'un contrôle objectif et technique de la détermination du prix et non un contrôle de l'égalité des parties et des prestations.²⁶⁹ De même, en vertu du principe d'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des contrats, le juge ne peut que servir la volonté des parties. Le juge ne peut donc fixer un prix lorsque les parties ne sont pas elles-mêmes parvenues à un accord. On est ainsi face à une "impossibilité pour le tribunal de se substituer aux parties, qui s'applique non seulement au cas où la fixation du prix par un tiers désigné ou à désigner se révèle irréalisable, mais aussi à toutes les espèces dans lesquelles le prix n'est ni déterminé ni déterminable. En aucun cas le juge ne peut valider une vente nulle en déterminant le prix que les parties ont omis de fixer".²⁷⁰ Cette jurisprudence ancienne est valable pour le prix mais également pour toute modification du contrat. Ainsi le principe de l'intangibilité des conventions et la théorie de l'imprévision ont la vie dure puisque, depuis 1876 la Cour de Cassation maintient que "dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que 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."²⁷¹ Cependant, dans

²⁶⁸Ph. Malaurie, D. 1989, 122.

²⁶⁹M-A. Frison-Roche, *supra*, note 205, 299.

²⁷⁰J-M. Mousseron, *supra*, note 220, 203.

²⁷¹Civ. 6 mars 1876, D.P. 1876, I, 393, S. 1876, 1, 161 (Canal de Craponne).

bien des cas, le juge intervient dans le contrat afin de "protéger" l'une des parties et de rétablir l'équilibre contractuel. Il en est ainsi dans de nombreux domaines (notamment celui de la protection du consommateur) et en matière de fixation de prix pour certains contrats.²⁷² Il ne serait donc pas incohérent de reconnaître au juge un pouvoir direct sur le contrat.²⁷³ De même les juges de législations étrangères sont investis d'un pouvoir que le droit positif français -à tort ou à raison- refuse au juge en matière de vente.²⁷⁴ Or rien ne s'oppose à ce que l'application du principe d'autonomie de la volonté soit infléchie voire remise en question dans un contexte de relations commerciales dont la complexité et la durée appellent une approche plus flexible.²⁷⁵ Au contraire, le contrat sans prix a vocation à s'appliquer en France pour des raisons d'opportunité puisque :

"D'une part les contrats sans prix sont communément acceptés dans la majorité des systèmes juridiques. D'autre part, le contexte particulier des ventes internationales entre professionnels permet d'admettre plus aisément cette forme de détermination du prix. Enfin, elle tient compte des derniers développements de la science économique. Le prix n'est jamais à l'entièvre discréction du vendeur, même lorsqu'il est le seul producteur ou fournisseur d'un produit : n'importe quel entrepreneur peut en effet entrer sur le marché, au moins tant que l'Etat n'intervient pas pour conférer un monopole".²⁷⁶

On ne voit donc pas pourquoi la jurisprudence ne pourrait adopter une position plus souple en matière de détermination du prix, notamment si un texte -comme l'article 5.7- lui en donne expressément la possibilité. Reste à savoir si, en raison de l'absence de force obligatoire de celui-ci, l'article 5.7 sera appliqué en droit français.

²⁷²Notamment dans les contrats de prestation de services, les mandats salariés et les contrats d'entreprises, le juge intervient pour fixer le prix aux lieu et place des parties "en réduisant, pour le proportionner au service rendu, le salaire stipulé par le mandataire comme rémunération du mandat qui lui est confié, une jurisprudence ne fait qu'user du pouvoir de contrôle et de révision qui appartient aux tribunaux". Req. 12 décembre 1911, D.P. 1913. I. 129.

²⁷³M. A. Frison-Roche, *supra*, note 205, 302.

²⁷⁴J. Ghestin, *supra*, note 16, 251.

²⁷⁵I. Corbisier, *supra*, note 82, 767.

²⁷⁶C. Mouly, "Que change la convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ?" D. 1991, Chr. 15, 77.

III. L'AVENIR DE L'ARTICLE 5.7 DES PRINCIPES GENERAUX D'UNIDROIT.

Eu égard à l'enseignement du droit américain et à la portée des principes en droit français, on peut s'interroger sur l'avenir des principes généraux d'UNIDROIT tant au niveau du droit interne que du droit international.

Il convient dans un premier temps d'analyser de manière critique l'article 5.7. des principes généraux d'UNIDROIT puis, dans un second temps, d'envisager sa mise en oeuvre par les arbitres et par les juges nationaux.

A. ANALYSE DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 5.7.

A l'époque de la rédaction de la convention de Vienne, le UCC avait déjà derrière lui une vingtaine d'années d'existence. Le UCC avait eu une influence certaine mais timide sur la convention de Vienne, par le biais de l'introduction de l'article 55. Cependant l'interférence de l'article 14 a retiré à cet article toute la portée qu'il aurait pu avoir. Avec les nouveaux principes d'UNIDROIT, la barrière est franchie et l'influence américaine apparaît dans toute sa splendeur. Ceci est de bon augure pour l'application des principes en droit et par le juge américain. Il n'en va pas de même en droit et devant le juge français.

1. L'évolution depuis la convention de Vienne et le UCC.

a) Evolution depuis la convention de Vienne.

Les principes généraux d'UNIDROIT se placent dans la continuité de la convention de Vienne. Afin de mieux marquer cette filiation, le commentaire précise que "le présent article (5.7) s'inspire de l'article 55 de la convention sur la vente internationale de

● marchandises".²⁷⁷ On peut cependant se demander si cette référence est heureuse et nécessaire. En effet, en raison des controverses auxquelles les articles 14 et 55 ont donné lieu, ce rappel ne peut qu'être source de difficultés. De plus, l'article 55 et l'article 5.7 n'ont pas grand chose en commun dans la mesure où ce dernier consacre la position américaine alors que la convention de Vienne s'éloignait encore fortement des principes du UCC :

"The convention and the UCC embody different approaches to the law of contract formation. The UCC authorizes courts to look behind the form of the agreement to the "real" agreement between the parties. It is not the exchange of documents that defines the legal relation between the parties, but the intent of the parties as perceived by the court. The documents are, of course, good evidence of that intent, but the inquiry does not stop there. The Convention, on the other hand, adopts a rigid offer and acceptance model of contract formation."²⁷⁸

Aussi, bien que certains auteurs aient pu soutenir que la convention de Vienne était destinée à remplacer l'article 2 du UCC,²⁷⁹ cela n'aurait pu être le cas en matière de détermination du prix, dont la vue restait essentiellement civiliste. Cependant, si cette filiation n'est pas heureuse, on peut néanmoins se demander si elle n'a pas pour but de donner aux principes généraux une légitimité et un poids supplémentaire ; lorsque l'on sait que les principes restent du domaine du non législatif et que rien n'oblige les parties à en adopter le contenu. De plus, si la référence n'est pas vraiment nécessaire à l'interprétation des principes, elle pourra être utile à l'interprétation de la convention. Une interprétation rétroactive de l'article 55 en quelque sorte....

Quelles que soient les motivations ayant inspirées ce renvoi, il n'en demeure pas moins que la convention constituait un premier pas en direction du système de l'open price.

²⁷⁷Commentaires article 5.7, UNIDROIT, *Principles of..., supra*, note 130, 114.

²⁷⁸J.C. Kelso, "United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods: Contract Formation and Battle of Forms" (1983) 21 Columbia Journal of Transnational Law, 555-556.

²⁷⁹T. Tuggey, "The 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Will a Homeward Trend Emerge ?," (1986) 21 Texas International Law Journal, 541.

b) Des principes généraux directement inspirés du UCC.

L'influence du UCC sur les principes généraux s'est révélée importante tant au niveau de la forme que du fond. Au niveau de la forme, d'une part, puisque l'article 5.7 est suivi, comme la section 2-305 du UCC, de commentaires officiels devant être considérés comme une prolongation des textes.²⁸⁰ Ces commentaires expriment les idées ou les buts poursuivis par les principes :

"When drafting the principles [the drafters] have often hesitated. Should an idea or a policy [they] wished to express or pursue be put in the text of the article or in the comment ? Frequently they have gone into the comment".²⁸¹

Quant au fond, d'autre part, puisque les principes adoptent la solution du prix raisonnable. Il peut être intéressant de confronter, de manière plus approfondie, la rédaction adoptée par UNIDROIT à celle du UCC. En premier lieu, l'article 5.7 adopte une formule générale proche de celui-ci, même si elle ne distingue pas les différentes hypothèses comme le UCC :

(5.7) 1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the 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 under comparable circumstances in the trade concerned, or if no such price is available, to a reasonable price.

(2-305) (1) The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if
(a) nothing is said as to 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.

Les principes ont inclus, dans ce premier paragraphe, l'hypothèse de l'alinéa 4 du UCC,²⁸² où les parties ont clairement manifesté leur intention de n'être lié qu'après accord sur le

²⁸⁰"Each article is accompanied by detailed comments, including illustrations which form an integral part of the principles", UNIDROIT, Bulletin n°99:100, July/October 1994, 2.

²⁸¹O. Lando, "Is codification ...", *supra*, note 13, 167.

²⁸²A titre de rappel, l'alinéa 4 de la section 2-305 prévoit que : (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 so to do must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account".

prix. Si la formule a l'avantage d'être plus courte, elle a également le désavantage d'être moins précise quant aux conséquences découlant de cette volonté contraire, exprimée par les parties.

Quant aux distinctions effectuées de parts et d'autres, les principes envisagent distinctement l'hypothèse où le prix est déterminé par l'une des parties,²⁸³ celle où le prix est fixé par une tierce personne²⁸⁴ et, enfin, celle où le prix est déterminé par référence à d'autres facteurs.²⁸⁵

Par contre les principes ne font aucune référence à des sanctions, autre que la fixation d'un prix raisonnable par le juge, dans l'hypothèse où la partie ne fixe pas le prix conformément à ce qui avait été prévu ; alors que le UCC ouvre l'option pour l'autre partie de fixer elle-même le prix ou de considérer le contrat comme résolu.²⁸⁶ Ils ne font pas non plus référence à l'obligation, pour la partie concernée, de fixer un prix de bonne foi.²⁸⁷

Ces commentaires valent également pour les principes européens dont la rédaction est sensiblement identique. Il doit cependant être souligné que ces derniers définissent ce qu'il faut entendre par "raisonnable" en renvoyant à un autre article des principes. De même, le renvoi au prix de marché est écarté *de facto* au profit de la fixation d'un prix raisonnable que les parties sont "censées" avoir convenu. Ce qui est peut être regrettable dans la mesure où l'intervention judiciaire devient indispensable. Enfin l'article 2-103 prévoit l'hypothèse du remplacement du tiers chargé de fixer le prix dans l'hypothèse où celui-ci devait faillir à sa mission. Les principes d'UNIDROIT n'entrent pas dans ces considérations et on peut se

²⁸³Para. 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".

²⁸⁴Para. 3) "Where the price is to be fixed by a third person, and he cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price".

²⁸⁵Para. 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. "

²⁸⁶Para. 3 UCC "Under 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 reasonable price".

²⁸⁷Alors que cette obligation de fixer de bonne foi est expressément prévu à l'alinéa 2 du UCC.

demander s'il convenait de traiter ici de ce problème, même si on ne peut que se réjouir de voir que l'intervention judiciaire sera ici limitée à la désignation du tiers.

Les divergences de textes constatées entre les principes généraux et le UCC semblent ténues. Pourtant, elles ne sont pas sans conséquence.

2. Critiques de l'article 5.7.

En effet, UNIDROIT n'a pas tenu compte, dans la rédaction de ses principes, des forces et des faiblesses du système de l'open price américain. De même, la portée de ces principes dans les pays de traditions juridiques différentes n'a fait l'objet d'aucune analyse.

a) Les errements d'UNIDROIT.

- Une vue essentiellement occidentale.

UNIDROIT a acquis, au cours de ces dernières années, une vocation essentiellement internationale. A l'opposé des principes européens des contrats,²⁸⁸ les principes généraux d'UNIDROIT sont censés avoir une portée mondiale. Pourtant, la rédaction de l'article 5.7 témoigne d'une vue essentiellement occidentale. La rédaction de l'article 5.7 est sensiblement identique à celle du UCC -applicable aux Etats-Unis- ou celle des principes européens qui sont destinés à ne s'appliquer qu'aux états membres de la Communauté Européenne puisque :

"They have regard to the economic and social conditions prevailing in the Member States. The Commission has therefore drawn in some measure on the legal systems of every Member States."²⁸⁹

²⁸⁸"They meet the requirement of industrialized, predominantly market economy countries", O. Lando, "A Contract Law for Europe" (1985) 13 International Business Lawyer, 18.

²⁸⁹O. Lando & H. Baetle, *The Principles of European Contract*, *supra*, note 49.

Or ces deux systèmes ont initialement été élaborés pour des pays développés. Est-ce à dire que le système de l'open price n'est pas exportable aux nouveaux pays industrialisés, au pays en voie de développement ou aux pays socialistes ? Concernant ces derniers, l'argument de la planification ne tient plus et les principes généraux pourraient servir de modèle à une législation en devenir. Concernant les deux premiers, l'argument économique, prévalant lors de la rédaction de la convention de Vienne, n'a pas disparu. La situation de faiblesse économique, ou tout au moins de déséquilibre, entre pays développés et pays en voie de développement existe toujours. Il est donc peu probable que ces pays adoptent librement et massivement le système prévu par l'article 5.7. Ceci est d'autant plus vrai qu'aucune définition du prix raisonnable n'est donnée et que le prix peut être fixé unilatéralement par le vendeur. Reste la possibilité du contrôle par le biais du prix manifestement déraisonnable. Cependant la notion n'ayant pas non plus fait l'objet d'une définition, il appartiendra à la jurisprudence judiciaire ou arbitrale d'interpréter ces termes de manière extensive - ce qui serait favorable aux pays du tiers monde - ou restrictive -ce qui leur serait défavorable -. De plus, quand bien même la jurisprudence adopterait une position souple, il appartiendra à la partie qui conteste - donc le pays en voie de développement - d'apporter la preuve du caractère excessif du prix.²⁹⁰ Or, la situation de ce dernier ne favorise pas la pré- ou post-constitution de preuve.

De plus, en adoptant ce système essentiellement occidental, UNIDROIT a omis de prendre en considération un phénomène dont l'ampleur ne doit pas être sous estimé. Le modèle occidental, ou la "western tradition",²⁹¹ est de plus en plus contesté et parfois même rejeté par les autres systèmes de droit, notamment de traditions islamique, aborigène, talmudique, chinoise, voire même socialiste. Le droit occidental est de plus en plus considéré, par ces pays, comme un système parmi d'autres, lui contestant ainsi son

²⁹⁰En effet, on a vu que la charge de la preuve n'avait pas été répartie dans les Principes.

²⁹¹En effet, le droit civil et la common law sont deux branches d'une même entité. Ils appartiennent à la même "famille de l'ouest libéral et démocratique". F. Werro, *supra*, note 43, 43.

hégémonie passée.²⁹² L'article 5.7, tel que rédigé, risque donc d'être cantonné à une *lex mercatoria* occidentale et non internationale. Il est par ailleurs symptomatique de constater qu'aucun des membres d'UNIDROIT ne représentait le Moyen-Orient, l'Indonésie ou l'Amérique du Sud dans la rédaction des principes et que les principes généraux n'ont été soumis qu'à la réflexion de certains pays occidentaux.

- Une rédaction hâtive et lacunaire.

Outre l'absence de définition de ce qui est raisonnable ou manifestement déraisonnable, on peut noter les lacunes suivantes dans l'alinéa premier de l'article 5.7.

Premièrement UNIDROIT aurait pu sinon donner une définition, du moins illustrer la notion de "raisonnable" par des exemples. Sur ce point les commentaires n'ajoutent rien au texte, ils n'en constituent qu'une simple paraphrase. Les exemples destinés à illustrer les notions et principes énoncés dans l'article sont simplistes et évidents. Des hypothèses plus compliquées, comme celles issues de contrats à long terme, ne sont pas envisagées. Or le système de l'open price fonctionne surtout en matière de contrat (de vente, de services, de distribution ou autres) à long terme. UNIDROIT occulte ici une des principales applications de l'article 5.7 en qualifiant ces hypothèses comme rarissimes alors qu'elles constituent la majorité.²⁹³ La manière dont l'arbitre ou le juge peuvent parvenir à la fixation du prix n'est pas non plus explicitée. De plus les commentaires renvoient à des notions encore plus subtiles et controversées telles que la bonne foi, l'erreur, le dol ou l'avantage excessif, parfois eux mêmes non définis. Or, la fixation d'un prix n'est pas toujours chose aisée en droit international. On a vu que le UCC ne fonctionne pas lorsque les éléments de preuve apportés ne permettent pas de fixer un prix raisonnable. La situation risque de se reproduire

²⁹²Réflexion basée sur le cours de H.P. Glenn, Institute of Comparative Law, McGill University, Faculty of Law, 1994/1995.

²⁹³Notamment du fait du développement des nouvelles technologies et de la formation des contrats par télex, E-mail ou EDI.

ici dans la mesure où, pour la fixation du prix, il faut aussi tenir compte des frais accessoires qui, dans un contrat international peuvent être très importants.²⁹⁴

Deuxièmement, UNIDROIT a choisi de se référer au prix habituellement pratiqué "lors de la conclusion du contrat"²⁹⁵ et non lors de l'exécution de celui-ci, ce qui aurait été plus logique dans des contrats à long terme dont le but est justement d'éviter que les prix ne soient définitivement fixés au jour de la conclusion du contrat. En effet, lorsque la délivrance de la chose ne doit avoir lieu qu'un certain temps après la conclusion du contrat, il est de l'intérêt du vendeur que le prix ne soit définitivement fixé qu'au moment de la livraison.²⁹⁶ Par ailleurs, l'article 5.7 ne précise pas le lieu de la branche commerciale considérée. S'agit-il du lieu de la conclusion du contrat, celui de son exécution ou d'un autre lieu ? Cette précision n'est pas négligeable au niveau international dans la mesure où il peut s'agir du prix mondial, régional ou local.²⁹⁷ Une prise en considération du système américain aurait pu permettre d'éviter cette lacune.

Troisièmement, l'alinéa 1 prévoit le recours au "prix habituellement pratiqué ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable." Ces deux critères de détermination du prix semblent exclusifs l'un de l'autre. Le juge ou l'arbitre devra d'abord statuer sur l'existence d'un prix de marché avant de pouvoir fixer un prix raisonnable.

²⁹⁴Sont notamment à prendre en considération le prix de l'emballage, du transport, l'assurance, l'installation ... C. Samson, "L'impact de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises sur l'élaboration du contrat de vente de marchandises". Cours de Perfectionnement du Notariat, Session des 27 et 28 mars 1992, Montréal, 50.

²⁹⁵Alinéa 1 de l'article 5.7.

²⁹⁶En effet, "il ne serait pas raisonnable de fixer le prix une fois pour toute dans un contrat appelé à s'inscrire dans la durée, étant donné que les éléments entrant dans la composition de ce prix (valeur des marchandises concernées, coût des matières premières et de la main-d'œuvre, fluctuations monétaires ...) seront très probablement amenés à subir des variations dans le temps". I. Corbisier, *supra*, note 82, 767.

²⁹⁷V. Fortier, *supra*, note 90, 390.

Quatrièmement, UNIDROIT ne se prononce pas sur la question de savoir sur qui repose la charge de la preuve : sur celui qui conteste ou sur celui qui fixe le prix ? et par rapport à quoi : à quel(s) autre(s) prix, quelle(s) circonstance(s)... Concernant les alinéas 2 et 3, on se demande pourquoi UNIDROIT a pris la peine de distinguer ces deux hypothèses tout en reprenant plus ou moins la même rédaction. Les différences de formulation en sont d'autant plus soulignées et on peut notamment se poser la question de savoir si, contrairement à l'alinéa 2 *in fine*,²⁹⁸ l'alinéa 3 peut prévoir une clause contraire à la fixation d'un prix raisonnable.²⁹⁹ De même, contrairement au UCC, aucune sanction n'est prévue en cas de non fixation volontaire du prix par l'une des parties ou du tiers et, dans l'hypothèse où la partie concernée ne fixerait pas ce prix, l'autre partie ne dispose pas de la faculté de fixer elle-même ce prix ou de considérer le contrat comme résolu, ce qui ne favorise pas l'entente des parties mais plutôt l'intervention du juge.

Enfin, les derniers commentaires paraphrasent l'alinéa 4 et n'éclairent en rien ce qu'il faut entendre par "le facteur qui s'en rapproche le plus", notamment si ces facteurs sont de natures externes et/ou internes.³⁰⁰ Là encore juges et arbitres devront faire preuve d'imagination... Reste à savoir si toutes les interprétations iront dans le même sens.

b) Les changements et ajouts nécessaires.

Le système de la "soft law" commande une rédaction souple et ouverte. Cependant, afin d'éviter l'écueil de la convention de Vienne -transformable en conventions multiples du fait d'interprétations variées- il aurait fallu préciser certaines notions et développer certains

²⁹⁸L'alinéa 2 prévoit que " lorsque le prix qui doit être fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable, il lui est substitué un prix raisonnable, nonobstant toute stipulation contraire".

²⁹⁹L'alinéa 3 prévoit que "lorsqu'un tiers chargé de la fixation du prix ne peut ou ne veut le faire, il est fixé un prix raisonnable."

³⁰⁰L'alinéa 4 prévoit que "lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus".

concepts. En reprenant les critiques énoncées ci-dessus, UNIDROIT pourrait notamment apporter les modifications suivantes :

D'une part, définir la notion de raisonnable. Sur ce point, les principes européens ont été mieux rédigés. Le prix y est traité à l'article 2.101 relatif à la "Determination of Price or Other Contractual Terms". Cet article prévoit que,

"Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the parties are to be treated as having agreed on a reasonable price. The same rule applies to any other contractual term".³⁰¹

Les commentaires suivant cet article informent du but poursuivi par les rédacteurs³⁰² et renvoient à l'article 1.108 pour la définition de ce qui est raisonnable³⁰³ :

"Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable, the nature and purpose of the contract; the circumstances of the case; and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account".

UNIDROIT aurait pu, sur le modèle des principes européens, donner une définition objective ou subjective de ce qui devait être considéré comme raisonnable. La définition européenne pourrait parfaitement s'adapter aux principes généraux d'UNIDROIT. Cette précision ne limiterait en rien la liberté des autorités amenées à statuer sur le prix et constituerait néanmoins une indication précieuse, de nature à éviter le cheminement difficile de la jurisprudence du UCC. On aurait par exemple pu rattacher cette notion de raisonnable

³⁰¹A titre de comparaison, on peut se demander si le prix, dans les principes d'UNIDROIT, n'aurait pas pu être, comme pour les principes européens, traité au même article que celui concernant les termes laissés délibérément ouverts, prévus par l'Article 2.14 .

³⁰²Dans une introduction, les rédacteurs expliquent que le but principal est de sauvegarder le contrat, que l'approche préconisée abandonne l'attitude rigoureuse de certains systèmes légaux, qu'il s'agit d'un pouvoir exprès attribué au juge... Une seconde partie en précise l'interprétation, une troisième les conditions d'application... Enfin, des notes donnent diverses précisions concernant la notion d'"agreement on subject matter", de "price as a requirement" et la notion de "what price"... Ces commentaires éclairent beaucoup plus le texte européen que ceux d'UNIDROIT n'éclairent les principes généraux.

³⁰³L'article 1.108 définit le caractère raisonnable et des commentaires précisent les différentes interprétations auxquelles il peut donner lieu et les divers standards permettant de le mesurer.

à celle de "bon père de famille" plus connue en droit civil.³⁰⁴ Il n'en demeure pas moins que les exemples seraient également les bienvenus, surtout pour des juridictions - notamment civilistes - novices en matière de contrat sans prix.³⁰⁵

D'autre part, UNIDROIT devrait préciser le lieu de la branche commerciale à prendre en considération, ne serait-ce que pour préciser si l'option est ouverte ou non. En effet, on a vu que ce lieu pouvait être celui de la conclusion du contrat, de son exécution ou tout autre lieu, le prix pouvant être fixé de manière locale, régionale, nationale, voire mondiale ! Il ne s'agit pas ici d'opter pour un lieu déterminé mais de délimiter l'étendue des choix. Il aurait également été plus judicieux de faire fonctionner le prix de marché et le prix raisonnable de manière simultanée, afin de laisser une plus grande liberté au juge ou à l'arbitre et d'éviter l'artifice d'une recherche de prix de marché lorsqu'il est évident qu'il n'existe pas ou que les parties n'ont pas entendu y faire référence. La référence au prix habituellement pratiqué au moment de l'exécution -de la livraison par exemple- du contrat aurait également été préférable.

Enfin, il aurait été nécessaire de prévoir, d'une part, une fixation de bonne foi du prix et d'autre part, une sanction en cas de non fixation volontaire de l'une des parties ou du tiers en ouvrant la possibilité, pour l'autre partie, de fixer elle-même ce prix ou de considérer le contrat comme résolu. Cette faculté aurait, par ailleurs, été bien accueillie par les pays du tiers-monde puisque cela constitue une porte de sortie, ou un argument supplémentaire, face à l'arbitraire de l'autre partie.

³⁰⁴Cette notion s'applique en considération de la volonté normale d'un homme moyen. Cependant il s'agit là aussi d'une notion vague, ayant donné lieu à diverses interprétations.

³⁰⁵Si les notions de "raisonnable" et de "bon père de famille" peuvent être utilisées dans les pays occidentaux, on peut se poser la question de savoir si elles toucheront les autres traditions juridiques (orientales et moyen-orientales notamment). Il s'agit là de notions entrant dans le domaine de la philosophie et qui offrent de nombreuses interprétations tant légales que philosophiques. Cependant, en dépit de la difficulté d'une définition unificatrice, l'emploi d'exemples permettraient d'éviter l'écueil des interprétations multiples.

Malgré ces lacunes, l'article 5.7 des principes d'UNIDROIT peut être mis en oeuvre par les arbitres ou les juges nationaux. Reste à savoir comment l'uniformité s'établira.

B. MISE EN OEUVRE DES PRINCIPES.

Les principes sont principalement destinés aux arbitres. Leur application ne devrait pas poser de problème si la clause d'arbitrage fonctionne. Il est cependant fréquent que les juridictions nationales aient à connaître de ces contrats internationaux en l'absence de clause d'arbitrage ou lorsque celle-ci ne fonctionne pas. Au niveau national, la convention de Vienne avait reçu un bon accueil au sein de la communauté américaine. Cependant son application au niveau de la détermination du prix était plus hypothétique. On peut néanmoins penser qu'une cour américaine aurait interprété l'article 55 de manière extrêmement large, voire de manière à lui permettre d'avoir recours à un prix raisonnable. L'article 5.7 des principes généraux ne devrait pas rencontrer de difficultés majeures empêchant son adoption et son application en droit interne américain. Il risque de ne pas en être de même en droit français.

1. Application aux contrats internationaux par les arbitres.

a) Une nouvelle *lex mercatoria* pour les arbitres.

Les principes généraux d'UNIDROIT sont principalement destinés aux arbitres. Ils constituent une nouvelle *lex mercatoria* dont l'arbitre va être le propagateur. Les principes appartiennent au domaine du droit souple -ou de la "soft law". Rien ne l'impose à l'arbitre en l'absence de la volonté des parties. Ils seront cependant de nature à l'aider dans sa tâche. Jusqu'ici les arbitres n'étaient pas sans moyen, puisqu'à côté de la *lex mercatoria* figuraient les principes généraux du droit international dont ils pouvaient s'inspirer. Cependant peu de principes avaient été dégagés jusqu'à présent.³⁰⁶ Quelle que soit l'interprétation donnée à

³⁰⁶Notamment avaient été dégagés le principe de bonne foi, celui de *pacta sunt servanda*, de *rebus sic standibus*, d'abus de droit, d'enrichissement sans cause... La conception même de listes de principes est contestée par certains auteurs pour qui les règles transnationales résultent d'une méthode et non d'une liste. De même, "the use of this vague standard also produces uncertainty and unpredictability because these

l'article 5.7 des principes généraux et à ses lacunes, l'arbitre ne doit pas perdre de vue les principes de base sous-jacents que sont le "freedom of contract", l'"openess to usages", la "favor contractus", l'"observance of good faith and fair dealing in international trade", et la "policy against unfairness". C'est à la lumière de ces principes que l'article 5.7 parviendra à être appliqué de manière plus ou moins uniforme. Reste cependant à savoir si chaque tradition juridique définit ceux-ci avec un minimum de convergence.

C'est en vertu de ces principes, et non grâce aux commentaires, que sera éclairée l'interprétation de l'article 5.7. On a déjà vu la conséquence du "freedom of contract" dans l'intention d'être lié du UCC. Mais nous nous attarderons ici sur la notion de *favor contractus*.

La favor contractus :

"Aim of preserving the contract wherever possible, thus limiting the number of cases in which its existence or validity may be questioned or in which it may be terminated before time".³⁰⁷

On retrouve donc l'idée de "sauvetage" du UCC. Cette notion de *favor contractus* était déjà présente -bien que plus diffusément- dans la convention de Vienne :

"L'article 55 est plus libéral, plus inspiré par la *favor negotii*. Cette idée semble déterminante. Si le juge est en mesure, avec les critères que lui donne l'article 55, de déterminer l'accord entre les parties, c'est son rôle de le faire. Sinon il permettrait à la partie pour laquelle le contrat s'est avéré plus onéreux de l'"échapper belle". "³⁰⁸

Espérons que cette fois, l'article 5.7 connaîtra le succès que l'article 55 de la convention de Vienne n'a pas eu. Cela dépendra de l'application qui en sera faite dans le monde de l'arbitrage.

principle have been inadequately articulated and documented. Both parties and the tribunals arbitrating their disputes therefore need a coherent list of such Principles to ease the application of this non-national substantive law" dans "Note on General Principles of Law in International Commercial Arbitration" (1988) 101 Harvard Law Review, 1833.

³⁰⁷M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, NY Irvington, Transnational Juris Publication, Inc., 1994.

³⁰⁸F. Miggeman, "Les obligations de l'acheteur sous la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1988) 1 Revue de Droit des Affaires Internationales, 32-33.

b) Les conditions d'application par les arbitres.

Les principes généraux pourront être appliqués par des arbitres à la condition, d'une part, que la clause d'arbitrage soit valable,³⁰⁹ et , d'autre part, que les principes généraux d'UNIDROIT constitue la loi applicable, choisie par les parties. Concernant cette deuxième condition, UNIDROIT souhaiterait que la simple référence à la *lex mercatoria* ou aux principes généraux du droit suffise à leur désignation.³¹⁰ Cette large désignation témoigne du caractère ambitieux des principes d'UNIDROIT. Les principes généraux devraient être largement adoptés par les arbitres internationaux. En effet, les arbitres ne sont pas l'émanation d'un état et, n'ayant pas, en principe, de for, ils se tournent plus volontiers vers les règles de source transnationale.³¹¹

En effet,

"Arbitrators are not necessarily bound to their decision on a particular domestic law. This is self evident when the arbitrators are expressly authorized by the parties to decide *ex aequo et bono* or as amiables compositeurs. Such a possibility is admitted under a number of domestic laws".³¹²

De plus, l'existence de principes uniformes permettront aux sentences arbitrales de recevoir un meilleur accueil dans les procédures d'*exequatur* devant les juridictions nationales.³¹³

En réalité, les principes d'UNIDROIT constituent une avancée certaine en matière de droit international substantiel,³¹⁴ voire un bon en avant par rapport à la situation

³⁰⁹Le problème de la validité des clauses d'arbitrage ou des clauses compromissoires ne sera pas traité ici.

³¹⁰En vertu du préambule, "they shall applied when the parties have agreed that their contract shall be governed by them (and) they may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by "general principles of law", the *lex mercatoria* or the like." UNIDROIT, *Principles...*, *supra*, note 99.

³¹¹E. Gaillard, "Trente ans de Lex Mercatoria, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux" (1995) 1 *Journal de Droit International*, 8.

³¹²M.J. Bonell, "An International Restatement ..." *supra*, note 307, 124

³¹³M.J. Bonell, *supra*, note 307 , 134

³¹⁴Ainsi que la réponse à la nécessité et l'urgence pour les états d'entreprendre un travail sérieux d'unification de leur droit substantiel. A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J.,1993.

actuelle.³¹⁵ Ils constituent même la concrétisation d'un besoin face à la "condamnation du trompe l'oeil qu'est la *lex mercatoria* et l'espoir mis dans le développement progressif de normes matérielles uniformes par voie de conventions internationales du type de la convention de Vienne."³¹⁶ De même, la pratique de l'open price ne ..era que faciliter la tâche des arbitres qui, déjà, favorise une telle fixation :

"La tendance à valider les accords de volonté se rencontre dans la jurisprudence arbitrale. Dès lors que les arbitres peuvent trouver dans les circonstances un accord de volonté, ils admettent l'existence du contrat. Ils ne vont cependant pas jusqu'à supposer qu'un contrat définitif a été conclu si les parties ont convenu de la nécessité d'un accord ultérieur. Dans ce cas et même par application de la *lex mercatoria* appliquée comme loi du contrat, il n'est pas possible d'aller à l'encontre de la volonté clairement exprimée des parties."³¹⁷

En l'état actuel des choses, en présence de lacunes sur les éléments accessoires du contrat, l'arbitre :

"Dans un premier temps, condamne les parties à poursuivre les négociations pour parvenir à un accord sur tous les éléments du contrat. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, et en cas d'échec des parties dans la poursuite des négociations, que l'arbitre peut parfaire le contrat en tenant compte de la nature de l'affaire et des usages."³¹⁸

L'article 5.7 permettra aux arbitres d'évoluer dans cette voie avec beaucoup plus de liberté et une plus grande légitimité.

L'article 5.7 des principes généraux ne devrait donc pas rencontrer de problèmes majeurs d'application dans le monde de l'arbitrage. Au contraire, une application étendue et variée est attendue. Les arbitres auront à interpréter et à résoudre les lacunes mentionnées ci-dessus. Reste à savoir en quoi consistera la sentence arbitrale. La difficulté réside ici dans

³¹⁵Selon E. Gaillard, "Nul doute que certains des principes seront discutés et controversés mais la publication des résultats de cet immense effort de droit comparé appliqué n'en contribuera pas moins grandement à la formation des règles transnationales." Dans E. Gaillard, *supra*, note 311, 22.

³¹⁶A. Kassis, *supra*, note 314.

³¹⁷Jurisclasseur Droit International, 552 - 5, 2.

³¹⁸*Ibid.*, 22.

la publicité des sentences. Bien que de plus en plus de sentences soient publiées, il n'en demeure pas moins que cette publication demeure soumise à l'approbation des parties. Une clause type, élaborée par UNIDROIT et proposée aux parties concernées, pourrait permettre de connaître, tout au moins, le dispositif de droit relatif à l'interprétation des principes généraux. UNIDROIT, grâce aux principes, espère mettre de l'ordre dans une jurisprudence arbitrale désordonnée voir contradictoire. En conséquence, les principes doivent également faire l'objet d'une interprétation uniforme. L'uniformité sera difficile à établir si seule une décision sur dix fait l'objet de publication.

La jurisprudence sera plus facile à suivre au niveau des juridictions nationales. Reste à savoir si celles-ci interpréteront les principes généraux avec l'uniformité requise, eu égard à l'essence nationale dont elles seront imprégnées.

2. Application aux contrats internationaux par les juges nationaux.

Lorsque les juridictions nationales sont amenées à connaître d'un contrat international, deux hypothèses peuvent être envisagées :

Soit le juge appliquera la loi désignée par les parties ou par la règle de conflit ; qui peut être le droit d'un pays autre que le sien à la condition que les parties concernées apportent la preuve du contenu de celui-ci. Soit, dans l'hypothèse où la loi n'est pas désignée ou est inconnue du juge, le droit national sera appliqué. Le droit international et la *lex mercatoria* demeurent encore un domaine méconnu de nombreuses juridictions qui les considèrent comme un monde réservé, inaccessible, voire inexistant.³¹⁹ UNIDROIT devra remédier à cette difficulté pour que ses principes généraux puissent recevoir une application nationale.

³¹⁹Certains auteurs critiquent la notion même de *lex mercatoria* d'un point de vue idéologique (une doctrine du laisser-faire), théorique (on lui reproche de ne pas présenter les caractères d'un ordre juridique complet) et pratique (elle serait à la fois incohérente et décevante, faite de notion vague...). E. Gaillard, *supra*, note 311, 6.

Cette tâche est d'autant plus ardue que les principes généraux, à l'opposé des conventions, ne sont pas intégrés dans le droit interne étatique et n'ont donc aucune force légale.

a) L'expérience de la convention de Vienne.

A supposer que les principes généraux soient bien accueillis et appliqués par les juridictions nationales, encore convient-il de voir si certains juges nationaux sauront interpréter et donner vie à des notions inconnues ou contraires à leur propre droit. Cette difficulté était déjà apparue avec la convention de Vienne lors de l'affaire Maley c. Hungarian Airlines, examinée ci-dessus. La première jurisprudence des articles 14 et 55 de la convention de Vienne a montré que le juge peut difficilement faire abstraction de son droit national. La difficulté sera encore plus grande pour l'interprétation de l'article 5.7 par un juge français dans la mesure où, proche du UCC, il prend le contre-pied du droit national. Dans cette application, UNIDROIT doit tenir compte des différences de cultures et de traditions juridiques :

" The approach taken by the UCC can function adequately as long as the decision-making authority is of the same general **cultural background** as the parties. In the international setting, where it is not certain who will act as the decision-making authority and the background of the parties may not be at all similar, **delegating great discretion to the decision-maker to "do justice"** presents greater danger. To mitigate this problem, UNCITRAL strove greater specificity in rule-making in order to control the decision-maker and increase certainty. The difficulty with such a rule-oriented system is that the intended certainty in decision-making is often more apparent than real. In individual cases, a court faced with appealing facts and arguments will struggle to reach just result by creative reading of the statutory language. Thus, the legal system is still uncertain, despite the presence of black-letter rules. **In the international setting, this problem is likely to be exacerbated by the cultural differences between nations and the lack of a final authority whose interpretations of the Convention would be authoritative.** These difficulties can be minimized if courts in one country pay attention to and respect the interpretations of the Convention made by courts in other countries. Through such reciprocity, a more consistent body of law will develop around the Convention."³²⁰ (souligné par nous)

³²⁰J.C. Kelso, *supra*, note 278, 666.

On peut par conséquent se poser la question de savoir si un juge de confession civiliste pourra faire abstraction de son droit national et, à supposer qu'il admette l'application de la *lex mercatoria*, s'il irait jusqu'à fixer lui-même le prix alors que cela est contraire à sa religion...

b) L'avenir des principes devant les juridictions nationales.

Comme pour les principes européens, les rédacteurs des Principes d'UNIDROIT "show confidence in the ability of the courts to make reasonable decisions and to develop the law in a future society".³²¹ En ce qui concerne le juge américain, l'application de l'article 5.7 ne devrait pas soulever de difficultés majeures puisque les principes participent de la même philosophie. Reste que, du fait des divergences de textes existants, le juge américain aura peut-être tendance à interpréter l'article 5.7 en fonction de la section 2-305 du UCC.

La situation sera différente pour un juge français. La notion de prix raisonnable et celle d'interventionnisme judiciaire ne sont pas inconnues du juge français. Au contraire, à travers la jurisprudence chaotique et controversée examinée ci-dessus, le juge français essaie d'équilibrer les relations contractuelles. On constate que les juges acceptent de moins en moins de rester passifs devant les comportements abusifs des parties contractantes.³²² Pour arriver à un certain contrôle de moralité, la jurisprudence use de moyens détournés. Le principe de la détermination du prix n'est pas en lui-même nocif, se sont les conséquences qu'il véhicule qui le sont. Le juge a assez de pouvoir pour annuler un contrat et non pour le sauver... Il ne s'agit ici que de pousser le raisonnement un peu plus loin. Si, interprétant la volonté des parties, on peut arriver à dire que les parties ne sont pas tombées d'accord, on pourrait également soutenir que les parties ont entendu laisser au juge le pouvoir discrétionnaire de fixer le prix. Il ne s'agit pas uniquement d'augmenter le pouvoir

³²¹O. Lando, "Is Codification needed in Europe", *supra*, note 13, 163.

³²²D. Tallon, *supra*, note 42, 94.

modérateur du juge,³²³ il convient également de ne pas se voiler la face. On peut concevoir que, si la loi donne mandat au juge de fixer un prix, celui-ci pourra passer outre au principe jurisprudentiel, vieux de plus d'un siècle, en vertu duquel le juge ne se substitue pas aux parties dans la rédaction du contrat. Il faut cependant ici délimiter le rôle et le pouvoir du juge. D'où la nécessité d'une définition de ce qui est raisonnable et de commentaires constructifs. Or les commentaires d'UNIDROIT, malgré leur volonté "para-textuelle",³²⁴ n'éclairent pas le texte de l'article 5.7.

Une autre difficulté consiste dans la question de savoir si le juge français peut effectivement déroger aux textes français en matière de détermination du prix, autrement dit si la détermination du prix n'est pas d'ordre public. Il a été soutenu que : "les règles conditionnant la validité des engagements contractuels, leur caractère d'ordre public, tant interne qu'international, ne fait aucun doute"³²⁵. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, en date du 3 novembre 1977 annule pour violation de l'ordre public une sentence arbitrale retenant un prix arbitrairement fixé par l'acheteur.³²⁶ Si la jurisprudence française persiste dans cette voie, il est fort probable que le droit français sera encore longtemps écarté des transactions internationales. Ce résultat est d'autant plus menaçant que les principes généraux n'ont aucune force obligatoire. De plus, même si ceux-ci avaient une force

³²³J. Ghestin, *supra*, note 16, 254.

³²⁴UNIDROIT et la Commission Européenne étaient conscients du risque de mise à l'écart du commentaire, notamment en raison de son statut particulier : "There is a danger that the businessmen, their counsel and the courts may get doubt as to the status of the comment vis à vis the article. These doubt may perhaps be overcome by a statement that the comments are meant as a guideline only for the interpretation of the articles". O. Lando, "Is codification ...", *supra*, note 13, 167.

³²⁵B. Mercadal, "Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux" (1979) 5 Droit et Pratique du Commerce International, 443.

³²⁶Paris, 3 novembre 1977, Revue de l'arbitrage, 1978, 486. La fixation du prix dans deux contrats de vente de graines était concernée en l'espèce. Le tribunal a jugé que : "Il en résulte qu'en la cause la contrepartie n'existe pas. Si bien que le vendeur a fixé seul le prix de la cession, ce qu'il ne pouvait faire. Qu'il soit de là qu'en déterminant l'indemnité réparatrice pour l'inexécution du marché, par référence à des cours que le vendeur a arbitrairement fixé, la sentence contient un vice de violation de l'ordre public, qui doit en faire prononcer l'annulation". Ceci montre que la fixation du prix est considérée comme appartenant à l'ordre public. Le respect de cet ordre public s'impose non seulement au juge mais aussi à l'arbitre.

quelconque, ils devraient néanmoins, comme la convention de Vienne, s'incliner devant l'ordre public :

"La convention s'incline devant le droit des pays qui déclarent nuls les contrats dont le prix n'est pas déterminé ou déterminable et la disposition ne s'appliquera que si la nullité n'est pas prévue par le droit national applicable en vertu des règles du droit international privé du juge saisi".³²⁷

Cette solution semble cependant critiquable dans la mesure où elle ne peut être transposée à l'ordre public international - qui ne prévoit pas une telle nullité- et que seul celui-ci devrait être pris en considération. Une solution envisageable serait l'adoption par le législateur français d'un nouveau texte plus ouvert vers l'extérieur. Les articles 1592 et 1593 ont été essentiellement rédigés dans un but interne et cette position est difficilement transposable au commerce international. La France se situe ainsi en marge de l'Europe et du monde. En dehors de la question de savoir si l'adoption d'un système d'open price fonctionnerait en France, l'intervention du législateur pourrait être envisagée, afin de débloquer la situation en donnant un mandat exprès au juge pour fixer le prix.

En dépit des difficultés évoquées ci-dessus, la bonne réception des principes d'UNIDROIT dans la jurisprudence française n'est pas exclue dans la mesure où les principes européens adoptent la même orientation. Ce serait peut-être l'occasion pour la Cour de Cassation de quitter une voie dangereuse sans perdre la face. Cependant aucun de ces principes n'a la force obligatoire attachée aux directives ou aux conventions internationales. Leur seule force sera celle de la persuasion par le biais de l'efficacité et de l'utilité.

³²⁷J. Thieffry & C. Granier, *La vente internationale*, Paris, Centre Français du Commerce Extérieur, 1992, 142.

CONCLUSION

Nous avons eu le loisir, au cours de cette étude, de constater à quel point il n'est pas souhaitable que des relations internationales soient régies par des droits nationaux et que, pour cette raison, les principes généraux du droit du commerce international devaient être élaborés.

La première étape en vue de la création d'un droit véritablement international fut celle de la convention de Vienne.³²⁸ Bien qu'elle ait eu un succès indéniable dans bien des domaines, la convention n'en a pas moins échoué sur le plan de la fixation du prix.

Les relations Est/Ouest et Nord/Sud n'avaient pas permis, à l'époque, l'adoption de la pratique du contrat sans prix.³²⁹ Ce pas a été franchi par UNIDROIT. Bien que nécessaire, on peut se demander, d'un point de vue économique, dans quelle mesure le système sera accepté par les pays autres qu'occidentaux. D'un point de vue juridique, cette nouvelle réglementation remet en question des principes fondamentaux du droit civil de tradition française.

L'étude du droit américain nous enseigne les dangers et les aléas de la notion. Le UCC n'en demeure pas moins mieux adapté au droit international que le droit français dont les buts, bien que louables, aboutissent à des résultats inacceptables.

Malgré le caractère essentiellement souple de ces principes et les quelques critiques soulignées dans la dernière partie, les principes généraux sont promis à un bel avenir. On doit reconnaître la qualité du travail des comités face à leur tâche ardue d'harmonisation.

³²⁸Selon T. Tuggey, la convention "is the culmination of over fifty years of planning and discussion that sought to codify in part a *lex mercatoria*". Dans "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Will a Homeward Trend Emerge?", *supra*, note 279, 540.

³²⁹Bien que la convention de Vienne ait pu être considérée comme un instrument pacifique de dialogue Nord-Sud, Ouest-Est. I. Corbisier, *supra*, note 82, 830.

Une certaine reconnaissance s'est déjà manifestée par le biais de l'adoption dans la convention de Mexico de la référence explicite aux principes généraux d'UNIDROIT :³³⁰

"If the parties have not selected the applicable law, or if this election proves ineffective, (...), it shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations."³³¹

On peut penser que ce renvoi constitue le premier d'une longue série, à l'heure où les pays se dotent de nouvelles règles de droit international public.³³²

Concernant la détermination du prix, UNIDROIT a adopté la seule solution raisonnable (on y revient !) en matière de contrats internationaux, où la pratique du contrat sans prix est déjà extrêmement répandue. Le maintien d'un contrat est économiquement préférable à sa disparition. On peut cependant regretter qu'UNIDROIT ne soit pas allé jusqu'à adopter les garde-fous existant dans le Uniform Commercial Code. La possibilité de modifications n'est cependant pas exclue et, au contraire, s'avère relativement aisée en raison de la nature même des principes.³³³

L'adoption des principes généraux d'UNIDROIT constitue la première pierre de l'édifice d'une *lex mercatoria* dont on ne fait que redécouvrir les vertus. Après s'être dotée d'un droit international, la communauté mondiale va pouvoir se donner les moyens juridiques de le mettre en oeuvre et d'en surveiller l'application notamment grâce à la création d'un corps judiciaire spécialement affecté à cette fonction. Ceci constituera peut être la nouvelle priorité d'UNIDROIT si les principes connaissent le succès auquel ses rédacteurs aspirent.

³³⁰F. Juenger, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons" (1994) 42 : 2 American Journal of Comparative Law, 386.

³³¹*Ibid.*, 386.

³³²Comme la convention de Rome du 19 juin 1980, relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, applicable en France depuis le 1er avril 1991. Dalloz Public n°91, 28 février 1991 - Journal Officiel, Mars 1991, 3072.

³³³"UNIDROIT is free to amend the Principles from time to time to take care of problems that later surface". E-A. Farnsworth, "Closing Remarks" (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 700.

Il faudra cependant attendre de nombreuses années, en raison des négociations, de l'organisation et des coûts que cela impliquent, avant d'en voir l'avènement.

Ce type d'institution résoudrait la difficulté d'une interprétation éclatée entre arbitres et juges nationaux. Toutefois quel que soit le type d'institution, présente ou à venir, appelée à connaître de la question de la détermination du prix, le souhait est que l'intervention judiciaire soit limitée autant que possible.³³⁴ L'accord des parties est toujours préférable à une intervention extérieure, qu'elle soit arbitrale ou judiciaire. Le recours au juge ne peut constituer qu'un pis-aller qui, dans tous les cas, ne saurait reconstruire de toute pièce un contrat qui n'a plus lieu d'être, entre deux parties qui ne souhaitent plus faire affaires ensemble. L'article 5.7 a aussi et surtout pour objet d'encourager les parties à s'accorder afin d'éviter une intervention du juge, puisque de toute façon, le contrat ne tombera pas.

Reste que le contrat ne doit pas être maintenu à "tout prix" et qu'un peu plus de garde-fous auraient dû être mis à la disposition de chacune des parties.

Enfin les principes généraux d'UNIDROIT constituent une porte de sortie pour la jurisprudence française. Le système du contrat sans prix peut être envisagé en France. En réalité la situation actuelle provient d'une inarticulation entre un but de protection, recherché par le juge, et les moyens qui sont mis à sa disposition pour y parvenir. La Cour de Cassation est consciente de l'iniquité de la situation actuelle, où, après avoir invoqué l'article 1591 du code civil, le juge s'est tourné vers l'article 1129, avant de se rabattre sur une distinction totalement artificielle entre obligation de faire et de donner.³³⁵ L'adoption du système américain n'est cependant pas nécessaire. Comme le souligne un auteur :

³³⁴Comme le souligne M.-J. Bonell, l'article 5.7 des principes généraux "urges the parties to make every effort to agree on the price or to make provision for its determination in case there is no such market price and the performance to be rendered is of a kind for which it is extremely difficult to establish a reasonable price". M.-J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, *supra*, note 307, 117.

³³⁵ L. Vogel, "Plaidoyer ...", *supra*, note 247, 155

"Notre droit comporte des instruments juridiques susceptibles de permettre la mise en oeuvre d'un nouveau critère de contrôle dont l'application permettrait à la fois de répondre aux besoins de la pratique et à la nécessaire sécurité juridique des relations commerciales et de réagir contre les abus éventuels susceptibles de naître des rapports d'exclusivité".³³⁶

Le prix peut demeurer un élément essentiel du contrat, bien que le juge intervienne en vue de fixer un prix raisonnable aux lieu et place des parties. En raison de leur rédaction plus précise, les principes européens seraient mieux adaptés que les principes d'UNIDROIT.

En tout état de cause, cette adaptation n'est plus qu'une question de temps sur le plan interne -jusqu'à l'adoption des principes européens-. Les principes d'UNIDROIT peuvent permettre une première approche en matière de contrats internationaux de nature à conduire, ultérieurement, à une nouvelle détermination du prix en droit national.

UNIDROIT est donc promis à un bel avenir, tant en droit international qu'en droit national car l'Institut a choisi la voie du pragmatisme en adoptant le langage du monde des affaires.

³³⁶L. Vogel, "Plaidoyer pour un revirement ...," *supra*, note 247, 162.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATIONS ET TEXTES

DROIT INTERNATIONAL

Official Record of the United States Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods (United Nations Document A/CONF.97/19 ; United Nations Sales Publication No. E.81.IV.3) ou *UNCITRAL Yearbook* (1980), Vol.XI, Part.Three, I (United Nations Sales Publication No. E.81.V.8).

UNCITRAL Secretariat, *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Document A/Conf. 97/5, reprinted in UN Conference on Contract for International Sale of Goods.

UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, UNIDROIT, 1994.

Convention de la Haye de 1964, I. Records 1964 Conf. 349-354.

Loi Uniforme pour la Vente Internationale 1964, I. Records 1964 Conf.333-348.

Article 57 de la LUVI.

UCC

Uniform Commercial Code, Twelfth Edition, 1990, Official Text With Comment (United States: West Publishing Co.,1990).

DROIT FRANCAIS

Code Civil Dalloz 1994-95, Paris, Dalloz, 1994.

OUVRAGES et MONOGRAPHIES

UNIDROIT

M-J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* - N.Y., Irvington Transnational Juris Publications, Inc., 1994.

R. David, "Le droit du commerce international : Une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle *lex mercatoria* ?" dans UNIDROIT, *New Directions in International Trade Law*, V1., US, Oceana Publications, Inc., 1977, 5.

F. Enderlein, "Uniform Law and Its Application by Judges and Arbitrators" dans UNIDROIT, *International Uniform Law in Practice*, Rome, UNIDROIT, 1988, 329.

J. Honnold, "The United States Uniform Commercial Code: Interpretation by the Courts of the States of the Union" dans UNIDROIT, *International Uniform Law in Practice*, Rome, UNIDROIT, 1988, 181.

Ph. Kahn, "Le droit de la vente" dans UNIDROIT, *International Uniform Law in Practice*, Rome, UNIDROIT, 1988, 359.

M. Matteuci, *Methods of the Unification of Law*, Rome, Unidroit, 1956.

T. Popescu, "Le droit du commerce international : Une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle *lex mercatoria* ?" dans UNIDROIT, *New Directions in International Trade Law*, V1., US, Oceana Publications, Inc., 1977, 21.

CONVENTION DE VIENNE

B. Audit, "Présentation de la Convention", dans Y. Derains & J. Guestin, *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS*, Paris, L.G.D.J., 1990, 13.

C.M. Bianca & M-J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Milan, Giuffrè, 1987.

N. Galston & H. Smith, *International Sales: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, Parker School of Foreign and Comparative Law, 1994.

V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris, G.L.N./Joly, 1992.

J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, NL, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

J. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law of International Sales*, NL, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Ph. Kahn, *Jurisclasseur (J-CI) Droit International*, fasc.565-A-5.

R. Kathrein & D. Barstow, *The Convention for International Sale of Goods*, US, American Bar Association, 1987.

A. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1989.

L. Marasinghe, *Contract of Sale in International Trade Law*, Singapore, Butterworths Asia, 1992.

P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, Vienna, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1986.

C. Schmitthoff, *Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, London, Stevens & Sons, 1990.

I. Szasz, *A Uniform Law on International Sales of Goods*, Budapest, Sijthoff, Leyden Akademiai Kiado, 1976.

A-M. Trahan, "La nécessité d'uniformiser le droit commercial international" dans L. Perret & N. Lacasse, *Actes du Colloque sur la vente internationale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, 5.

DROIT INTERNATIONAL

B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris, L.G.D.J., 1990.

A. Boggiano, *International Standard Contracts: The Price of Fairness*, London, Graham & Trotman, 1991.

B. Delacolette, *Les contrats de commerce internationaux*, Bruxelles, De Boeck - Wesmael, 1988.

C. Ferry, *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1989.

A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris L.G.D.J., 1993.

N. Lacasse et al., *Les contrats internationaux de distribution*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992.

F.Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1992.

J. Thieffry & C. Granier, *La vente internationale*, Paris, Centre Français du Commerce Extérieur, 1992.

UCC

P. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

American Jurisprudence 2d, State & Federal 67A, Sales., NY, The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1985.

American Jurisprudence 2d, State & Federal 17A, Contracts., NY, The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1985.

J. Calamari & J. Perillo, *Contracts*, US, West Publishing Company, 1987.

J. Cooke & D. Oughton, *The Common Law of Obligations*, London, Butterworth, 1993.

- R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1982.
- R. David & D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1985.
- M. Ezer, *Uniform Commercial Code Bibliography*, US, American Law Institute, 1972.
- E-A. Farnsworth, *Introduction au système juridique des Etats-Unis*, Paris, L.G.D.J., 1986.
- G. Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio, Ohio State University Press, 1974.
- W. Hawkland, *Sales Article 2-305 Open-Price Term*, 2 Uniform Commercial Code Series, United States, Clark Boardman Callaghan, 1993.
- W. Henning & G. Wallach, *Law of Sales under the Uniform Commercial Code*, United States, Research Institute of America, 1992.
- R. Henson, *The Law of Sales*, United States, American Law Institute, 1985.
- O. Hunter, *Modern Law of Contracts*, Boston, Warren Gorham Lamont, 1987 & 1993.
- J. Jolowicz, *Le droit anglais*, Paris, Précis Dalloz, 1986.
- P. Legrand, *Common Law, d'un siècle à l'autre*, Cowansville (Quebec), Les éditions Y. Blais, 1992.
- R. Lord, *Williston on Contract*, NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1990.
- D. Nelson, *Williston on Sales*, NY, Clark Boardman Callaghan, 1992.
- J. Pomeroy & J. Man, *A Treatise on the Specific Performance of Contracts*, NY, Banks and Company, 1926.
- T. Quinn, *Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, Inc., 1978 & 1991 Cumulative Supplement.
- Reports of the Permanent Editorial Board for the UCC*, 1962, 1964, US, West Publishing Co., 1964.
- R. Scott & D. Leslie, *Contract Law and Theory*, Virginia, Michie Company, 1988.
- B. Stone, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, Minnesota, West Publishing Co., 1984.
- G.H. Treiten, *An Outline of the Law of Contract*, London, Butterworth, 1984.
- Uniform Laws Annotated, UCC*, Vol.1A, Minnesota, West Publishing Co.
- P. Volken & P. Sarcevic, *International Sale of Goods*, United States, Oceana Publication, 1986.

DROIT FRANÇAIS

C. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Paris, P.U.F., 1987.

M.H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats, études jurisprudentielles*, Publications de l'Université de Rouen, 1993.

J-M. Mousseron, *Technique Contractuelle*, Paris, F. Lefebvre, 1988.

D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats, étude de droit comparé*, Paris, A. Pédone, 1989.

RAPPORTS

Colloque de Lausanne des 19 et 20 Novembre 1984, *La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985.

H.P. Glenn, "Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdiction" dans *Rapports Généraux, XIIIe Congrès International*, Cowansville (Québec), Y. Blais, 1990.

Ph. Kahn, "Choisir la convention plutôt que le droit français" dans *le nouveau droit de la vente internationale, colloque du 21 octobre 1987, CCI Paris*, (1987) 5 Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation, 253.

J. Lookofsky, "Loose Ends and Contorts in International Sales" dans *L'harmonisation des règles du droit privé entre les pays de droit civil et de common law, XIIIe Rapport, Congrès International de Droit Comparé*, 1990.

D. Maskow, "On the Interpretation of the Uniform Rules of the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" dans *National Reports for the XIIth International Congress of Comparative Law, Sydney-Melbourne 18-27 August 1986*, DDR, National Committee for Legal Science of the German Democratic Republic, 1986.

C. Samson, "L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law" dans *Rapport XIIIe Congrès International de droit comparé*, Montréal, 1990.

L. Sévon, "Method of Unification of Law for the International Sale of Goods" dans *Finnish National Reports to the Twelfth Congress of the International Academy of Comparative Law, Sydney and Melbourne 18-26 August 1986*, Helsinki, K. Buure-Hagglund, 1986.

F. Werro, "L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et pays de common law" dans *Rapports Suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé, Montréal, 19-24 août 1990*, Zurich, Schulthess Polygraphisher Verlag, 1990.

J. Ziegel & C. Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

Study L. Rev. n°1 (1970) à n°51 (1995).

Notes Conseil de Direction, 1983-1993.

PC. 1992 Misc. 18, Record of the Meeting Held in Miami, 6-10 January, 1992.

PC. 1990 Misc. 14, Record of the Meeting Held in Bristol, 3-7 July, 1989.

PC. 1989 Misc. 12, Record of the Meeting Held in Roma, 16-20 January, 1989.

PC 1987 Misc. 11, Record of the Meeting Held in Roma, 20-27 May, 1987.

PC. 1987 Misc. 10, Record of the Meeting Held in Ivry-sur-Seine, 25-27 November, 1986.

PC. 1986 Misc. 9, Record of the Meeting Held in Roma, 14-17 April, 1986.

PC. 1986 Misc. 8, Record of the Meeting Held in Postdam-Babelsberg,
 28-30 November 1985.

PC. 1985 Misc. 7, Note of the secretariat.

PC. 1985 Misc. 6, Record of the Meeting Held in Milan, 24-26 January, 1985.

PC. 1983 Misc. 5, Record of the Meeting Held in Roma, 7-9 November 1983.

PC. 1983 Misc. 4, Record of the Meeting Held in Louvain-La-Neuve, 11-13 April, 1983.

PC. 1983 Misc. 3, Record of the Meeting Held in Hamburg, 23-25 February, 1981.

PC. 1981 Misc. 2, Record of the Meeting Held in Copenhagen, 31 March-1 April, 1980.

PC. 1980 Misc. 1, Suggested Approach to the Proposed Code on the Chapter on Non-
 Performance in the Proposed Code of International Trade Law.

DOCTRINE

UNIDROIT

B. Blagojevic, "Les procédés d'unification ou d'harmonisation les plus appropriés dans les relations entre pays ayant des régimes économiques et juridiques différents" (1968) 2 UNIDROIT Yearbook, 119.

M-J. Bonell, "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts" (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 617.

M-J. Bonell, "A 'Restatement' of Principles for International Contracts : An Academic Exercise or a Practical Need" (1988) Revue de Droit des Affaires Internationales, 873.

M-J. Bonell, "The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law" (1978) 27 International and Comparative Law Quarterly, 413.

M. Boodman, "The Myth of Harmonization of Laws" (1991) 39 American Journal of Comparative Law, 699.

R. David, "L'unification ou l'harmonisation législative sans engagement international" (1968) 2 UNIDROIT Yearbook, 77.

U. Drobniq, "Substantive Validity" (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 635.

M. Fontaine, "Content and Performance" (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 645.

M. Fontaine, "Les principes pour les contrats commerciaux élaborés par UNIDROIT" (1991) 68 Revue de Droit International et de Droit Comparé, 25.

A. Malintoppi, "Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux" (1968) 2 UNIDROIT Yearbook, 43.

A. Rosett, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 683.

C. Schmitthoff, "The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions" (1968) UNIDROIT Yearbook, 93.

D. Struyven, "Les activités de la CNUDCI" (1992) 69 Revue de Droit International et de Droit Comparé, 283.

Symposium, "The International Unification of Law, A Symposium" (1968) 16 American Journal of Comparative Law, 1.

D. Tallon, "L'harmonisation des règles du droit privé entre les pays de droit civil et de common law" (1990) 2 Revue Internationale de Droit Comparé, 514.

"The 70th Session of the Governing Council of UNIDROIT, Rome, May 1991" (1991) 65 Australian Law Journal, 639.

"The Current Activities of UNIDROIT" (1990) 64 Australian Law Journal, 685.

Informations et Documents, "UNIDROIT, Mise en oeuvre du programme de travail pour la période 1993-1995" (1994) 4 Revue de Droit International et de Droit Comparé, 394.

UNIDROIT, *Digest of Legal Activities*.

UNIDROIT, *Bulletin d'information*.

UNIDROIT, *L'unification du droit*, Yearbook, 1956-1971.

UNIDROIT, Revue de droit uniforme, 1973-1992.

UNIDROIT, *International Institute for Unification of Private Law*, *Unification of Law*. V.1 à V.4.

S. Viejobueno, "Private International Law Rules Relating to the Validity of International Sales Contracts" (1993) 26 Comparative and International Law of Southern Africa, 172.

CONVENTION DE VIENNE

F. Adami, "Les contrats Open Price dans la convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1989) Revue de Droit des Affaires Internationales, 103.

S. Bainbridge, "Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention" (1984) 24:3 Virginia Journal of International Law, 619.

M-J. Bonell, "International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins" (1990) 38 American Journal of Comparative Law, 865.

M-J. Bonell, "La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1981) 7:1 Droit et Pratique du Commerce International, 7.

A. Briggs, "The Formation of International Contracts" (1990) 2 Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 192.

P. Burke, "United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods" (1981) 22 Harvard International Law Journal, 473.

I. Corbisier, "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives" (1988) Revue Internationale de Droit Comparé, 767.

S. Date-Bah, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980: Overview and Selective Commentary" (1979) 11 Review of Ghana Law, 50.

L. Del Duca & P. Del Duca, "Practice under the Convention on International Sale of Goods (CISG): A Primer for Attorneys and International Traders" (Part1) (1995) 27:4 Uniform Commercial Code Law Journal, 331. (Part.2 to be published)

I. Dore & J. Defranco, "A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code" (1982) 23 Harvard International Law Journal, 49.

G. Eörsi, "A Propos the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1983) 31:2 American Journal of Comparative Law, 333.

G. Eörsi, "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods" (1979) 27 American Journal of Comparative Law, 311.

I. Fadlallah, "Le projet de Convention sur la vente de marchandises" (1979) 106 Journal de Droit International, 755.

E-A. Farnsworth, "The Vienna Convention: History and Scope" (1984) 18 International Lawyer, 17.

E-A. Farnsworth, "Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention" (1988) 21:3 Cornell International Law Journal, 439.

J. Feltham, "The United States Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1981) Journal of Business Law, 346.

F. Ferrari, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law" (1994) 24:2 Georgia Journal of International and Comparative Law, 183.

V. Fortier, "Le prix dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises" (1990) 117:2 Journal de Droit International, 381.

F. Gabor, "Emerging Unification of Conflict of Laws Rule Applicable to the International Sale of Goods: UNCITRAL and the New Hague Conference on Private International Law" (1986) 7 Northwestern Journal of International Law and Business, 696.

E. Gaillard, "L'entrée en vigueur de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises", Gazette du Palais 1987, 654.

A. Garro, "Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1989) 23 International Lawyer, 443.

A.M. Garro, "Reconciliation of Legal Tradition in the United Nations Convention on International Sales of Goods" (1989) 23 International Lawyer, 443.

Ph. Kahn, "La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1981) Revue Internationale de Droit Comparé, 964.

J. Ghestin, "Les obligations du vendeur selon la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1988) 1 Revue Internationale de Droit des Affaires, 5.

J. Griffin & M. Calabrese, "The New Rules for International Contracts" (1988) 74 American Bar Association Journal, 62(5).

S. Hancock, "A Uniform Commercial Code for International Sales? We Have It Now" (1995) 67:1 N.Y.State Bar Journal, 20.

H. Hartnell, "Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for International Sale of Goods" (1993) 18 Yale Journal of International Law, 1.

J. Honnold, "The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview" (1979) 18 American Journal of Comparative Law, 223.

J. Honnold, "Uniform Law for International Trade-Progress and Prospects" (1986) 20 International Lawyer, 635.

J. Honnold, "UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980" (1981) 15 Journal of World Trade, 265.

G. Jones, "Impact of the Vienna Convention in Drafting International Sales Contracts" (1992) 20:8 International Business Lawyer, 421.

Ph. Kahn, "Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractère et Domaine d'application" (1989) 15 Droit et Pratique du Commerce International, 385.

J.C. Kelso, "United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods: Contract Formation and Battle of Forms" (1983) 21 Columbia Journal of Transnational Law, 529.

B. Koren, "La Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises" (1993) 539 Droit et Affaires, 218.

H. Landau, "Background to U.S. Participation in UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1984) International Lawyer, 29.

R. Lavers, "CISG: To Use, or Not to Use?" (1993) 1 International Business Lawyer, 10.

R. Lee, "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: OK for the UK?" (1993) Journal of Business Law, 131.

B. Leete, "Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary" (1992) 6:2 Temple International and Comparative Law Journal, 193.

G. Lefebvre, "La bonne foi dans la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1993) 27:3 Revue Juridique Thémis, 561.

C. Mouly, "Que change la convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne" D. 1991, Chr. 15, 77.

C. Mouly, "La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises" (1989) 15:3 Droit et Pratique du Commerce International, 400.

J. Paulsson, "La détermination du prix dans les contrats, chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux" (1981) Droit et Pratique du Commerce International, 131.

D. Mulford, "Non-Legal Arrangements in International Economic Relations" (1991) 31:3 Virginia Journal of International Law, 437.

J. Murray, "An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1988) 8 Journal of Law and Commerce, 11.

M. Ndulo, "The Vienna Sale Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis" (1989) 38 International and Comparative Law Quarterly, 1.

B. Nicholas, "The Vienna Convention on International Sales Law" (1989) 105 Law Quarterly Review, 201.

F. Niggeman, "Les obligations de l'acheteur sous la convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" (1988) 1 Revue de Droit des Affaires Internationales, 27.

C. Parrish Smart, "Formation of Contracts in Louisiana under the United Nations Convention for International Sale of Goods" (1993) 53 Louisiana Law Review, 1339.

E. Patterson, "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Unification and Tension Between Compromise and Domination" (1986) 22:2 Stanford Journal of International Law, 263.

J-P. Plantard, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : La convention des Nations Unies du 11 avril 1980" (1988) 115 Journal de Droit International, 311.

"Questionnaire sur la distribution internationale" (1992) 18:3 Droit et Pratique du Commerce International, 362.

R. Rendel, "The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview" (1989) 15:1 Brooklyn Journal of International Law, 23.

M. Rosenberg, "The Vienna Convention: Uniformity in Interpretation for Gap-Filling - An Analysis and Application" (1992) 20 Australian Business Law Review, 442.

A. Rosett, "CISG Laid Bare: A Lucid Guide to a Muddy Code" (1988) 21 Cornell International Law Review, 575.

A. Rosett, "The International Sales Convention: A Dissenting View" (1984) 18:2 International Lawyer, 445.

C. Samson, "La Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : Etude comparative des dispositions de la Convention et des règles de droit québécois en la matière" (1984) 23:4 Cahier de Droit, 919.

C. Samson, "L'harmonisation du droit de la vente : L'influence de la convention de Vienne sur l'évolution du droit des provinces canadiennes" (1991) 32:4 Cahier de Droit, 1001.

P. Schlechtriem, "Recent Developments in International Sales Law" (1983) 18 Israël Law Review, 309.

K. Sono, "Restoration of the Rule of Reason in Contract Formation: Has There Been Civil and Common Law Disparity" (1988) 21 Cornell International Law Review, 478.

J. Stern, "A Practitioner's Guide to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1983) New York University Journal of International Law and Politics, 81.

M. Stonberg, "Drafting Contracts under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1988) 3 Florida International Law Journal, 245.

"Symposium on International Sale of Goods Convention" (1984) 18:1 The International Lawyer, 3.

J. Thieffry, "La convention de Vienne et les contrats de distribution" (1993) 19 Droit et Pratique du Commerce International, 62.

J. Thieffry, "Les nouvelles règles de la vente internationale" (1989) 15 Droit et Pratique du Commerce International, 369.

P. Thieffry, "Sale of Goods Between French and U.S. Merchants: Choice of Law, Considerations under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1988) 22 International Lawyer, 1017.

T. Tuggey, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge?" (1986) 21 Texas International Law Journal, 540.

P. Winship, "New Rules for International Sales" (1982) 68:10 ABA Law Journal, 1230.

P. Winship, "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention" (1983) 17:1 International Lawyer, 1.

P. Winship, "International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention" (1984) 17:1 Uniform Commercial Code Law Journal, 55.

P. Winship, "Private International Law and UN Sales Convention" (1988) 21:3 Cornell International Law Journal, 487.

P. Winship, "Bibliography of Commentaries on the United States International Sales Convention: An Update" (1990) 24 International Lawyer, 307.

P. Winship, "The UN Sales Convention: A Bibliography of English-Language Publications" (1994) 28:2 The International Lawyer, 401.

C. Witz, "La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise à l'épreuve de la jurisprudence naissante" D. 1995.143.

"Unification and Certainty: The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods" (1984) 97:8 Harvard Law Review, 1984.

CONTRATS INTERNATIONAUX

- J. Becker, "International Telex Contracts" (1983) 17:2 Journal of World Trade, 106.
- H. Berman & C. Kaufman, "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)" (1978) 19 Harvard International Law Journal, 221.
- L. Costes, "Vers un droit du commerce sans papier" (1994) 6 Revue de Droit des Affaires Internationales, 735.
- E-A. Farnsworth, "Developing International Trade Law" (1979) 9:2 California Western International Law Journal, 461.
- F. Ferrari, "Formation of Contracts in South American Legal Systems" (1994) 16:3 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 629.
- E. Gaillard, "Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit" (1995) 1 Journal de Droit International, 5.
- M. Garnier, "Formation of International Contracts. Finding the Right Choice of Law Rule" (1989) 63:11 Australian Law Journal, 751.
- J. Grabow, "Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions" (1984) 9 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 255.
- M. Greenberg, "International Contracts: Problems of Drafting and Interpreting, and the Need for Uniform Judicial Approaches" (1987) 5:2 Boston University International Law Journal, 363.
- S. Guillemand, "Qualification juridique de la négociation à un contrat et nature de l'obligation de bonne foi" (1994) 25:1 Revue Générale de Droit, 49.
- F. Jüenger, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons" (1994) 42:2 American Journal of Comparative Law, 381.
- A. Levin, "Certain Considerations Relevant to Inflation and Currency Fluctuations" (1981) 9:6 International Business Lawyer, 243.
- P. Maggs, "International Trade and Commerce" (1993) 42:2 Emory Law Journal, 449.
- B. Mercadal, "Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux" (1979) 5 Droit et Pratique du Commerce International, 443.
- S. Viejobueno, "Private International Law Rules relating to the Validity of International Sales Contracts" (1993) 24:2 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 173.

CODE EUROPEEN DES CONTRATS

G. Bermann, "A Commentary on the Harmonization of European Private Law" (1993) 1 Tulane Journal of International and Comparative Law, 47.

M. Dean, "Unfair Contract Terms: The European Approach" (1993) 56 Modern Law Review, 581.

G. Gandolfi, "Pour un code européen des contrats" (1991) 91 Revue Trimestrielle de Droit Civil, 707.

O. Lando & H. Baele, "The Principles of Contract Law" (1994) (A paraître).

O. Lando, "Is Codification Needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law" (1993) 1 European Review of Private Law, 157.

O. Lando, "Principles of European Contract: An Alternative to or a Precursor of European Legislation" (1992) 40 American Journal of Comparative Law, 573.

O. Lando, "A Contract Law for Europe" (1985) 13 International Business Lawyer, 17.

O. Lando, "European Contract Law" (1983) 31 American Journal of Comparative Law, 653.

T. Whilhelmsen, "European Contract Law Harmonization: Aims and Tools" (1993) 1 Tulane Journal of International and Comparative Law, 25.

UCC

I. Ayres & R. Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules" (1989) 99 Yale Law Journal, 87.

F. Bayless, "Failure to Include all Material Terms under the Code" (1964) 19 Wyoming Law Journal, 80.

F. Beutel, "The Proposed Uniform Commercial Code Should Not Be Adopted" (1952) 61 Yale Law Journal, 334.

R. Braucher, "The Legislative History of the Uniform Commercial Code" (1958) 58 Columbia Law Review, 798.

S. Burton, "Good Faith Performance of a Contract Within Article 2" (1981) 67 Iowa Law Review, 1.

E-A. Farnsworth, "Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts" (1981) 81:1 Columbia Law Review, 1.

E-A. Farnsworth, "Disputes Over Omission in Contracts" (1968) 68 Columbia Law Review, 860.

E-A. Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Code" (1963) 30 University of Chicago Law Review, 666.

E-A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations" (1987) 87 Columbia Law Review, 217.

S. FitzGibbon & D. Glazer, "Legal Opinions in Corporate Transactions: The Opinion on Agreements and Instruments" (1987) 12 Journal of Corporation Law (Iowa), 657.

M. Frilet, "Price and Terms of Payment in Large International Turnkey Contracts" (1990) 18 International Business Lawyers, 362.

D. Frisch, "Buyer Status under the UCC: A suggested Temporal Definition" (1987) 72 Iowa Law Review, 531.

H. Gabriel *et al.*, "General Provisions and Sales" (1994) 49:4 Business Lawyer, 1922.

M. Gergen, "The Use of Open Terms in Contract" (1992) 92:5 Columbia Law Review, 997.

G. Gilbride, "Impact of the Code on the Law of Contracts" (1964) 30 Brooklyn Law Review, 177.

H.P. Glenn, "La civilisation de la Common Law" (1993) 3 Revue Internationale de Droit Comparé, 559.

V. Goldberg, "Price Adjustment in Long-Term Contracts" (1985) Wisconsin Law Review, 527.

W. Hawkland, "Sales Contract Terms under the UCC" (1985) 17:3 Uniform Commercial Code Law Journal, 195.

C. Hewitt, "Termination of Dealer Franchises and the Code: Mixing Classified and Coordinated Uncertainty with Conflict" (1967) 22 Business Lawyer, 1075.

R. Hillman, "Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law" (1987) 1 Duke Law Journal, 1.

J. Honnold, "Uniform Law for International Trade-Progress and Prospects" (1986) 20 International Lawyer, 635.

J. Honnold, "UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980" (1981) 15 Journal of World Trade, 265.

N. Hull, "Restatement and Reform: A New Perspective on the Origins of the American Law Institute" (1990) 8 Law and History Review, 55.

D. King, "Contents of the Contract under the New Conceptualism of the new Code" (1965) 30 St Louis University Law Journal, 10.

J. Kropp *et al.*, "Prevention and Treatment of Breading Contract Controversies" (1986) 74 Kentucky Law Journal, 715.

B. Levin, "Applying the UCC's Supplementary Terms to Contracts Formed by Conduct under Section 2-207(3)" (1992) 24:3 Uniform Commercial Code Law Journal, 210.

J. Mashaw, "Consequence for Louisiana Adoption of Article 2 of the Code" (1965) 30 St. Louis University Law Journal, 63.

D. Murray, "The Open-Price Sale of Goods Contract in a Worldwide Setting" (1984) 89 Commercial Law Journal, 491.

K. Nadelmann, "American Private International Law in the Institute of International Law: A Plea" (1972) 20 American Journal of Comparative Law, 323.

Note, "Open Terms Contracts under the Code" (1964) 19 Wyoming Law Journal, 80.

Note, "Enforceability of Promises to Buy or to Sell at a Price to be Fixed in the Future" (1927) 27 Columbia Law Review, 708.

Note, "Specification and Apportionment Contracts: Common Law and the UCC" (1956) 23 University of Chicago Law Review, 499.

E. Patterson, "The Restatement of the Law of Contracts" (1933) 33:3 Columbia Law Review, 397.

W. Prossner, "Open Price in Contracts for the Sale of Goods" (1932) 16 Minnesota Law Review, 733.

M. Rosen, "What Has Happened to the Common Law? Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development" (1994) 5 Wisconsin Law Review, 1119.

Stevens, "A Plea for the Extension of Equitable Principles and Remedies" (1956) 41 Cornell Law Quarterly, 351.

J. Stockton, "Application of section 2-305" (1959) 20 Alabama Law, 360.

F. Whitney, "Some Effects of the Code on New York Law: Contracts" (1951) 26 St. John's Law Review, 3.

S. Williston, "The Law of Sales in the Proposed UCC" (1950) 63 Harvard Law Review, 561.

DROIT FRANÇAIS

L. Aynès, "Indétermination du prix dans les contrats de distribution. Comment sortir de l'impasse ?" D.1993 Chr. 25.

M. Behar-Touchais, "La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application" J.C.P.1994 Ed.E. I.3800.

J-M. Bermond de Vaulx, "La détermination du prix dans la vente", J.C.P.1973 Ed.G. I.2567.

M-A. Frison-Roche, "L'indétermination du prix" R.T.D.Civ. 1992, 269.

J. Ghestin, "Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix" D.1993, Chr.251.

J. Ghestin, "L'indétermination du prix de vente et la condition protestative" D. 1973, Chr.293.

F. Leduc, "La détermination du prix, une exigence exceptionnelle" J.C.P.1992 EdG.I. 3631.

D. Tallon, "The Notion of Contract: A French Jurist's Naive Look at Common Law Contract" (1990) Comparative and Private International Law, 283.

D. Tallon, "L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de Common Law" (1990) Revue Internationale de Droit Comparé, 514.

L. Vogel, "Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution" D. 1995.155.

JURISPRUDENCE

CONVENTION DE VIENNE

S.V. Braun, Inc. v. ALITALIA-Linee Aeree Italiane, S.p.A. 91 Civ. 8484 (LBS) (U.S.District Court S.D. of N.Y.) ; (1994) U.S. Dist. LEXIS 4114 April 6, 1994, Decided.

Pratt & Whitney v. Malev Hungarian Airlines, Legfelsbb Birosag, Gf. I. 31, 349/1992/9 (Dr. Laszlo Szlavnits trans.), 1992, (1993) 13 Journal of Law and Commerce, 31 et 49.

UCC

In Re Pelton, US Bankruptcy Court, WD Wis, (August 16, 1994) 25 UCC Rep. Serv. 2d 265 ; 171 BR 641.

Aluminium Company of America v. Essex Group Inc., 499 F Suppl. 53.

Associated Milk Producers, Inc. v. Meadow Gold Dairies, Inc. US Courts of Appeals, Seventh Circuit, (June 17, 1994) 24 U.C.C. Rep. Serv. 2d 825 ; 27 F3d.268.

Bernina Distributors Inc. v. Bernina Sewing Machine (1981) CA 10 Utah, 646 F2d 434, 31 UCC Rep. Serv. 462, Clarified (CA 10 Utah) 689 F 2d 903.

Big Farmer, Inc. v. Agridata Resourcess, Inc., 16 UCC Rep. Serv. 2nd 564 ; NE2d 783 (III App Ct, decided October 25, 1991) UCC Bulletin April 1992 No 4 p.7.

Burlington Grocery Co. v. Lines (1923) 96 Vt 405, 120 A 169.

Interstate Plywood Sales Co. v. Interstate Container Corp., CA Cal. 1964, 731 F 2d. 449.

Jack Richard Aircraft Sales, Inc. v. Vaughn, 203 Kan. 967, 457 P. 2d. 691 (1969).

Louisville Soap Co. v. Taylor et al., 279 F. 470 (CA 6 1922) Cert. den. 259 US 586 (1922).

Mickelian Sales Co., Inc. v. Nathan Gilbert & Sons, Inc. , US Department of agriculture, (September 5, 1967) ; 26 AD 988 ; 4 UCC Rep. Serv. 852.

North Central Airlines, Inc. v. Continental Oil Co., 574 F. 2d. 582, 23 UCC Rep. Serv. 581 (D.C. Cir. 1978).

Northwest Central Pipeline Corp. v. Fer Partnership, US Courts of Appeals, Tenth Circuit, (August 30, 1991) ; 943 F2d 1219 ; 16 UCC Rep. Serv. 1004.

Paper Corporation of the United States v. Schoeller Technical Papers Inc., SDNY 1992, 807 F. Supp. 337.

Phillips Petroleum Cny v. Hitch, 241 F 2d 178.

Royal Store Fixture Co. v. Bucci, 7 UCC Rep. Serv. 1193, 48 Pa D. & C. 2d 696 (1969).

Schmieder v. Standard Oil Co. of Indiana, Wisconsin Supreme Court, (June 30, 1975) 69 Wis2d 419 ; 17 UCC Rep. Serv. 360 ; 230 N.W. 2d 732, 91 A.L.R. 3d. 1231 (1975).

Shell Oil Co. v. Federal Power Commission (1961 CA3) 292, F2d 149, cert den. 368 US 915, 7 L. Ed 2d 131, 82 S.Ct 195.

Spartan Grain & Mill Co. v. Ayers, 517 F. 2d. 214, 17 UCC Rep. Serv. 693 (5th Cir. 1975).

Spartan Grain & Mill Co. v. Ayers, US Court of Appeals, Fifth Circuit, (August 8, 1975) 517 2d 214 ; 17 UCC Rep. Serv. 693.

Sun printing & Publishing Ass'n v. Remington Paper & Power Co. (1923) 235 NY 338, 139 NE 470.

TCP Industrie, Inc. v. Uniroyal, Inc., 661 F. 2d. 542, 32 UCC Rep. Serv. 369 (6th Cir. 1981).

Vermont Morgan Corp. v. Ringer Enterprises Inc. 1983, 461 NYS 2d 446, 92 A.D. 2d 1020.

Wagner Excello Foods, Inc. v. Fearn International, Inc., Illinois Appellate Court, First District, (September 4, 1992) 235 III App 3d 224 ; 601 NE2d 956 ; 20 UCC Rep. Serv. 1221.

DROIT FRANÇAIS

Cass. Civ. 6 mars 1876, DP. 1876. I. 393, S. 1876. I. 161 (Canal de Craponne).

Req. 12 décembre 1911, DP. 1913. I. 129.

Cass. Com. 27 avril et 5 novembre 1971, D. 1972, 353, note J. Gesthin, Socomanut c. Esso Standard ; Elf-Distribution c. Garage Exor; Strauch c. Calmes.

Cass. Com. 11 octobre 1978, D. 1979, 135, note R. Houin ; J.C.P. 1979. II.19034, note Y. Loussouarn, Société Européenne de Brasserie c. Portella, et S.A. Brasserie Guillaume Tell c. Société Européenne de Brasseries "Eurobra".

Cass. Com. 11 décembre 1978, Bull. Civ. IV n°303, 249.

Nancy 13 juin 1979 et Cass. Com. 14 janvier 1980, J.C.P. 1981 II.19585, note Gros.

Cass. Com. 14 janvier 1980 (2 arrêts) Bull. Civ. IV n°16, 13 et n°17, 14 ; D. 1980 IR. 570, Obs. B. Audit et Ch. Larroumet ; JCP. 1981.II.1985, note B. Gross ; Gaz. Pal. 1980.1.255, note Ph. Le Tourneau.

Cass. Com. 17 novembre 1980, Bull. Civ. IV n°378, 305.

Cass. Com. 27 avril 1981, Bull. Civ. IV n°188, 150 ; Gaz. Pal. 1981.2. Pan.344, Ph. Le Tourneau.

Cass. Com. 29 juin 1981, J.C.P. 1981 IV.339.

Cass. Com. 25 janvier 1982, Bull. Civ. IV n°26, 19 ; Gaz. Pal. 1982.2 Pan. 216, Obs. J. Dupichot.

Cass. Com. 13 décembre 1982, Bull. Civ. IV.414.

Cass. Com. 7 novembre 1983, Bull. Civ. IV n°292, 255.

Cass. Com. 30 novembre 1983, Bull. Civ. IV n°333, 288.

Cass. Com. 11 janvier 1984, Bull. Civ. IV n°17, 14.

Paris, 13 novembre 1984, Inédit Natalys c. Himbert.

Cass. Com. 25 février 1986, Bull. Civ. IV n°35, 29.

Cass. Com. 22 juillet 1986, Bull. Civ. IV n°190, 162.

Cass. Com. 9 novembre 1987, Bull. Civ. IV, n°.237, 177.

Cass. Com. 12 janvier 1988, Bull. Civ. IV, n° 31, 21.

Paris 23 mars 1988, D. 1988 IR.123.

Cass.Com 22 janvier 1991 Bull.Civ IV.35 ; D.1991 175, J.C.P.1991 EdE II.137.

Cass. Com. 2 juillet 1991, D. 1991, 502.

Cass.Com.16 fevrier 1993, Bull. Civ. IV, 60 et JCP. 1994. ed. G.I. 310.

Cass. Com. 20 février 1993,D.1993 II, 381.

Cass.Com 23 février 1993, D. 1993, 379.

Cass.Com 1 juin 1993 Paris, 28 juin 1993 au J.C.P.1994 .I.310.

Cass.Com. 2 novembre 1993 et 30 novembre 1993, (1994) 2 Contrat, Conc. et Cons. 22.

Aix-en-Provence, 11 janvier 1994, SNC Azur boissons c/ Mme Gallibert, J.C.P. 1994. ed. G. II. 22295.

Cass. Civ. 29 novembre 1994, D. 1995. II. 122, note L. Aynès.