
La détermination du prix dans la Convention de Vienne, le U.C.C. et le droit français : critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne

Delphine Lecossois*

Dans cette chronique de jurisprudence, l'auteure analyse une des premières décisions rendues en vertu de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*. En effet, l'arrêt *Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines* fut le premier à interpréter les articles 14 et 55 de la *Convention*, lesquels renferment une apparente contradiction. L'auteure examine d'abord le problème posé par cette affaire, puis la solution apportée par la cour hongroise. Elle critique ensuite cette décision au regard de l'esprit de la *Convention* et affirme que le droit national des États ne devrait pas influencer l'interprétation du document.

Dans une deuxième partie, l'auteure envisage l'hypothèse où cette affaire aurait été portée devant un juge d'un autre pays, soit les États-Unis ou la France. Dans le premier cas, l'auteure s'attarde à l'interprétation du *Uniform Commercial Code* et tente de déterminer comment il aurait influencé l'application de la *Convention*. Ensuite, l'auteure envisage l'interprétation qu'un juge français aurait faite de la *Convention* dans cette affaire. Elle conclut que l'interprétation aurait été complètement différente de celle du juge américain et déplore ce manque d'uniformité.

En conclusion, l'auteure soutient que l'avenir de la *Convention* est compromis si les juges ne modifient pas leur approche et continuent d'accorder une trop grande importance à leur droit national.

In this case comment, the author analyzes one of the first judgments rendered under the *Vienna Convention on the International Sale of Goods*. *Pratt & Whitney v. Malev Hungarian Airlines* was, in fact, the first judgment to interpret the apparent contradiction between articles 14 and 55 of the *Convention*. The author first examines the problem posed by this case and the solution offered by the Hungarian court. She, then, critically assesses the decision in light of the spirit of the *Convention* and affirms that the law of individual states should not influence the interpretation of the international document.

In order to develop her thesis, the author imagines the case as it would have been decided by both U.S. and French courts. In the first analysis, the author considers interpretations of the *Uniform Commercial Code* in an attempt to determine how they would influence the application of the *Convention*. The author, then, attempts to anticipate the interpretation a French court would give to the *Convention*. She concludes that the two interpretations would differ significantly and criticizes this potential lack of uniformity.

In conclusion, the author predicts that the future of the *Convention* is compromised if judges do not modify the approach of according excessive importance to their own domestic, national law in interpreting an international convention.

* Avocat au Barreau de la Cour d'appel de Paris, Delphine Lecossois est également l'auteure d'une thèse intitulée «La détermination du Prix : Quelle harmonisation ? Quel avenir ?», soumise à la Faculté d'Études Supérieures et de la Recherche à titre d'exigence partielle pour l'obtention du diplôme de maîtrise de droit (L.L.M.) de l'Université McGill en 1995.

Sommaire

Introduction

I. L'affaire *Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines* : première interprétation des articles 14 et 55 de la *Convention*

A. Contenu de l'affaire *Pratt & Whitney*

1. Les faits
2. Les décisions
 - a. *Les principaux arguments en présence*
 - b. *Les décisions*

B. Critique de la décision au regard de la doctrine portant sur la *Convention*

1. La doctrine des articles 14 et 55
2. La nécessité d'une interprétation uniforme des articles 14 et 55 par les juges nationaux
 - a. *Critique des décisions hongroises*
 - b. *Une volonté d'interprétation uniforme*

II. Solution de l'affaire *Pratt & Whitney* dans un autre État : critique d'une jurisprudence nationale

A. L'affaire *Pratt & Whitney* portée devant un juge américain

1. Le U.C.C. et son interprétation
 - a. *Le texte*
 - b. *Évolution du droit : nouveau texte, nouveaux principes*
2. Applications nationale et internationale
 - a. *Mise en jeu interne du U.C.C.*
 - b. *Interprétation de la *Convention* par un juge américain*

B. L'affaire *Pratt & Whitney* portée devant un juge français

1. Les textes applicables et la jurisprudence
 - a. *Les textes : l'évolution*
 - b. *Évolution de la jurisprudence française*
 - i. La jurisprudence des «pompistes de marques» de 1971
 - ii. La jurisprudence de «contrats de bière»
2. Application de la jurisprudence française aux contrats internationaux
 - a. *Pratt & Whitney et le juge français*
 - b. *Vers une éventuelle évolution*

Conclusion : avenir des articles 14 et 55 de la *Convention*

Introduction

La *common law*¹ et le droit civil français² ont chacun un droit des contrats au contenu variable : certaines règles se ressemblent tandis que d'autres divergent. À une pratique commerciale identique, le droit français et le droit américain apportent des réponses différentes notamment quant au prix. Le *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) a introduit la pratique des contrats sans prix ou «*open price*», alors qu'à l'opposé, la Cour de cassation rejette catégoriquement toute modification de sa jurisprudence quand à la nécessité, presque viscérale, d'un prix déterminé ou tout au moins déterminable.

À l'heure de l'internationalisation ou de la mondialisation des échanges commerciaux³, ces différences peuvent avoir une influence significative sur le développement des échanges internationaux ainsi que sur le choix de la loi applicable. C'est pourquoi un effort d'harmonisation a été entrepris pour les contrats internationaux⁴ et ce dès 1929⁵, le but étant «not only to assure a uniform regime for the international sales contracts, but also to be more responsive than the traditional laws to the effective needs of international trade»⁶.

La définition du prix représentait un point de départ commun. Le prix constitue la somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur⁷ ou, de façon plus générale, la «contrepartie en argent d'une autre prestation»⁸. Un prix est déterminé dès lors que la somme que doit payer l'acheteur est stipulée au contrat. Le prix est réputé dé-

¹ Sous l'appellation juridique de *common law* il ne sera fait référence ici qu'au droit américain tel que défini dans le U.C.C. § 1-103 (1995) pour la vente et dans les principes de *common law* pour les autres contrats non couverts par le U.C.C. Concernant ces derniers, il est à noter que chaque État a son droit des contrats. Sur le prix, les divergences ne sont guère significatives (hormis le cas de la Louisiane qui ne sera pas étudié ici).

² En raison de différences pouvant exister entre les systèmes de droit civil, cette étude se limitera exclusivement au droit français. La comparaison avec d'autres systèmes n'est pas sans intérêt et sur ce point la lecture de l'étude de D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats — étude de droit comparé*, Paris, Pédone, 1989 est conseillée.

³ Et par voie de conséquence, on constate l'adoption, dans les contrats internationaux, de clauses de fixation aussi variées, sinon plus, que dans les droits nationaux (voir par exemple la clause de la meilleure offre ou du client le plus favorisé qui rappelle étrangement les formules de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, R.T. Can. 1947 n° 27, 55 R.T.N.U. 187, art. 1). Voir aussi Tallon, *ibid.* à la p. 57.

⁴ Originellement, cet effort d'harmonisation avait également été envisagé au niveau des contrats nationaux. Cet espoir s'est rapidement révélé illusoire (voir C.M. Bianca et M.-J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987).

⁵ La nécessité d'une unification a été soulignée par l'Institut international pour l'unification du droit privé («Unidroit»), dès 1929.

⁶ Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 9.

⁷ Voir G. Cornu, dir., *Vocabulaire Juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p. 634. L'origine du mot prix provient du latin «*pretium*», que l'on utilise encore dans certaines expressions comme le «*pretium doloris*» en responsabilité civile.

⁸ Voir Tallon, *supra* note 2 au n° 1.0.0.01.

terminable lorsque les parties ne veulent pas s'engager sur un prix dont le montant est d'ores et déjà fixé lors de la vente. Dans ce dernier cas, la fixation du prix doit se faire en vertu des clauses du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté de l'une ou l'autre des parties⁹ ou s'ils dépendent de l'une des parties, sa fixation doit se faire dans le respect de l'obligation d'agir de bonne foi¹⁰. Un autre point commun est la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté¹¹.

Par contre, les divergences apparaissent dès qu'il s'agit de qualifier le prix : est-ce une clause essentielle du contrat dont l'absence entraîne la nullité ? S'il s'agit d'une clause essentielle, s'agit-il de la cause, de l'objet ou de l'obligation de l'acheteur ? En *common law*, contrairement au droit français, le prix n'est pas un élément essentiel du contrat.

L'objectif d'harmonisation de la qualification du prix a conduit notamment à l'adoption de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*¹². Les articles 14 et 55 de la *Convention* traitent du prix et reflètent en quelque sorte l'opposition existant entre le droit français et le U.C.C. 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. Le premier paragraphe de l'article 14 prévoit que :

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 [nos italiques]¹³.

L'article 55 stipule 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 conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les

⁹ Cette définition résulte d'un des attendus de la chambre commerciale de la Cour de cassation (voir Cass. com., 16 novembre 1993, J.C.P. 1994.II.22287). Elle correspond à la vision civiliste traditionnelle.

¹⁰ En application des principes énoncés dans le U.C.C. § 1-203 (1995).

¹¹ Il ne s'agit pas ici de discuter de la réalité de ce concept, mais de ne pas oublier que ce principe existe dans les deux systèmes de manière plus ou moins absolue et que sa persistance a une influence certaine sur la jurisprudence relative à la détermination du prix comme nous le verrons plus loin.

¹² 11 avril 1980, R.T. Can. 1992 n° 2, 19 I.L.M. 671 [ci-après *Convention*]. Pour l'historique de la *Convention*, voir Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 3.

¹³ *Convention, ibid.*, art. 14.

mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables [nos itali-ques]¹⁴.

La simple lecture de ces deux articles révèle une contradiction puisque l'article 14 exige que le prix soit déterminé ou déterminable, alors que l'article 55 envisage l'hypothèse d'un contrat sans prix¹⁵. Cette contradiction s'explique historiquement par l'opposition entre, d'une part, les pays en voie de développement¹⁶, les pays socialistes¹⁷, et certains pays occidentaux tels que la France¹⁸ et, d'autre part, les pays de *common law*. Cette opposition existait déjà en 1930 lors de la préparation par la Commission des Nations Unies sur le Droit du Commerce International («C.N.U.D.C.I.»), de la *Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels*¹⁹ et de la *Convention portant loi uniformé sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*²⁰. Cinquante ans plus tard, lors de l'adoption du projet de la *Convention*, les États n'ont pas réussi à résoudre la contradiction, ni à trouver un compromis, malgré diverses réflexions, de nombreux amendements et des discussions houleuses au sein de groupes de travail successifs²¹. En désespoir de cause, les deux articles ont été

¹⁴ *Ibid.*, art. 55.

¹⁵ Voir G. Eörsi, «Formation of contract», dans *La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises: Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985 aux pp. 46, 47 [ci-après *Colloque de Lausanne*].

¹⁶ L'article 55 était particulièrement préjudiciable pour les pays en voie de développement et les pays socialistes qui auraient été à la merci des pays occidentaux, notamment quant à la référence au prix de marché. À ce propos, Bonell note qu'il est nécessaire de prendre en compte «the fact that export or import transactions are often entered into by parties who do not possess equal bargaining power» (Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 3).

¹⁷ Voir F. Adami, «Les contrats Open Price dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises» (1989) R.D.A.I. 103.

¹⁸ Voir J.O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Dordrecht (Pays-Bas), Kluwer, 1989 à la p. 412.

¹⁹ 1^{er} juillet 1964, 834 R.T.N.U. 169, 3 I.L.M. 864 [ci-après *Convention de La Haye*]. L'article 4 de la *Convention de La Haye* stipule que :

1. La communication qu'une personne adresse à une ou plusieurs personnes déterminées en vue de la conclusion d'un contrat de vente 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.
2. 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 en matière de contrat de vente.

²⁰ 1^{er} juillet 1964, 834 R.T.N.U. 107, 3 I.L.M. 854, art. 57, 69 [ci-après L.U.V.I.]. 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».

²¹ Sur cette question voir Bianca et Bonell, *supra* note 4 aux pp. 132, 401. Un comité *ad hoc* a même été institué à la demande de la France, mais ses propositions ne furent pas retenues (voir Honnold, *supra* note 18 à la p. 484).

adoptés lors de deux votes successifs par quarante et une voix favorables et cinq abstentions pour l'article 14, et quarante voix favorables contre trois défavorables et cinq abstentions pour l'article 55²². En adoptant ces deux articles, les États laissaient à la pratique le soin de démêler l'écheveau de la contradiction.

Il y a maintenant quinze ans que la *Convention* a été élaborée. Elle n'est cependant entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 1988²³. Il s'agit donc d'une convention relativement jeune, n'ayant pas encore fait l'objet d'une jurisprudence abondante²⁴. Un seul arrêt a été rendu à propos des articles 14 et 55 : l'affaire *Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines*²⁵.

Après un examen de l'espèce et des décisions rendues, cette première jurisprudence, presque passée inaperçue, sera jugée à l'aune de la *Convention*. Nous déterminerons ensuite si un juge français ou américain saisi de cette affaire aurait décidé autrement. En conclusion, nous envisagerons l'avenir des articles 14 et 55 de la *Convention*.

I. L'affaire *Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines* : première interprétation des articles 14 et 55 de la *Convention*

A. Contenu de l'affaire *Pratt & Whitney*

1. Les faits

En 1990, la société d'aviation hongroise Malev Hungarian Airlines («Malev») décidait de moderniser sa flotte. À cette fin, elle engagea des négociations avec

²² Le calcul des voix démontre que toutes les parties n'étaient pas présentes lors du vote de chacune des dispositions (voir Honnold, *ibid.* aux pp. 457 et s.). Soixante-deux États et huit organisations internationales participaient à la conférence et la *Convention* a été votée article par article (voir Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 6).

²³ Le nombre minimum de dix ratifications était un préalable nécessaire à la mise en application de la *Convention*. Ce nombre minimum fut atteint le 11 décembre 1986 à la suite de la ratification de la *Convention* par la Chine, l'Italie et les États-Unis et elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988 contre les États signataires. En 1993, trente-six pays avaient ratifié la *Convention*. La France, les États-Unis (avec une réserve sur l'article 95) et le Canada (en 1992 avec réserve et en 1993 sans réserve) font partie de ces signataires (voir B. Koren, «La Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises» (1993) 539 D. & Aff. 218).

²⁴ On peut noter un arrêt très récent portant sur la réfaction du prix où l'acheteur se prévalait d'une prétendue mauvaise exécution du contrat par son cocontractant pour retenir le paiement d'une partie du prix (voir *S.V. Braun, Inc. c. ALITALIA-Linee Aeree Italiane, S.p.A.* 1994 U.S. Dist. LEXIS 4114 (S.D.N.Y.) Apr. 6, 1994).

²⁵ Trad. par L. Szlavits, reproduit dans *Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines* (1993) 13 J.L. & Com. 31 (C.S. Hongrie) [ci-après *Pratt & Whitney* (C.S.)], infirmant (1993) 13 J.L. & Com. 49 (C. métr.) [ci-après *Pratt & Whitney* (C.M.)]. Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire de P. Amato, «Recent Development: CISG: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods — The Open Price Term and Uniform Application: An Early Interpretation by Hungarian Courts» (1993) 13 J.L. & Com. 1.

Boeing et Airbus. Il était convenu que Malev devait choisir et acheter elle-même les moteurs des futurs avions.

Dans l'hypothèse où Malev avait sélectionné Boeing, elle aurait eu l'obligation d'acheter deux Boeing 767-200 ER nécessitant deux moteurs chacun avec, probablement, un moteur supplémentaire. Elle aurait également été obligée de payer la totalité du prix (avions et moteurs) à Boeing, cette dernière devant payer en retour la société productrice des moteurs. Seul le prix des moteurs supplémentaires devait être payé directement au fabricant de moteurs par Malev.

Il convient de noter que la série de moteurs PW4000 inclue divers modèles dont les PW4056 et PW4060 pouvant être utilisés sur les Boeing, ainsi que les PW4152 et PW4156/A pouvant être utilisés sur les Airbus. Chaque moteur a un prix de base différent en fonction du modèle choisi, de sa puissance, et des options désirées. Un moteur supplémentaire est en principe toujours plus cher que le moteur destiné à être monté sur l'avion. Les moteurs ordinaires sont à distinguer des moteurs turbo, ces derniers ayant des caractéristiques différentes et incluant d'autres éléments tels que la nacelle et ayant par conséquent un prix plus élevé.

En automne 1990, Malev entra en pourparlers avec Pratt & Whitney («P&W») pour l'acquisition des moteurs. Les négociations portaient sur deux engagements éventuels : un contrat de remplacement des moteurs des anciens avions soviétiques TU-154 de Malev, d'une part, et l'achat de moteurs neufs, d'autre part. Le 9 novembre 1990, P&W faisait une première offre.

Le 4 décembre 1990, Malev signait une lettre d'intention reprenant les négociations relatives au remplacement des moteurs des avions soviétiques et mentionnait son intention (sans engagement quel qu'il soit) de signer un accord final portant sur l'achat de nouveaux moteurs. La lettre d'intention soumettait la signature de l'accord final à l'acceptation par Malev de l'offre de P&W portant sur les engins de la série PW4000.

Le 14 décembre 1990, Malev n'ayant pas encore choisi entre Boeing et Airbus, P&W lui soumettait deux nouvelles offres annulant les précédentes. La première offre se fondait sur l'achat ferme de quatre moteurs neufs plus un en option et la seconde sur l'achat ferme d'un moteur supplémentaire plus un en option, autrement dit un total de cinq ou sept moteurs. La première offre portait sur le moteur PW4056 en cas d'achat d'un Boeing 767-200 ER. La deuxième offre portait sur un moteur PW4152 et un moteur turbo PW4156 pouvant équiper un Airbus 310-300. Ces offres incluaient diverses facilités de paiement et de supports financiers, des garanties et un système de service après-vente (réparation et entretien), ainsi que divers documents tels une formule de «*price escalation*»²⁶ et un plan de garantie.

²⁶ La «*price escalation formula*» est une méthode standard de calcul du prix. Les moteurs peuvent avoir diverses puissances. Une fois le prix de base connu, on augmente ce prix en fonction de la puis-

Elles étaient ouvertes jusqu'au 21 décembre 1990 et soumises à l'approbation²⁷ du contrat par les gouvernements hongrois et américains. Elles devaient de plus être signées par Malev.

Malev ne signa aucune des offres du 14 décembre 1990 mais, le 21 décembre 1990, elle envoyait une lettre par télex au vice-président de P&W. Cette lettre avait été rédigée le même jour en présence d'un représentant de P&W et faisait suite à de nouvelles négociations incluant dans l'offre le modèle PW4060. La lettre mentionnait que Malev avait sélectionné les moteurs de la série PW4000, que ce choix avait été fait en fonction de «the evaluation of technical data and efficiency, and the financial assistance» et que la déclaration d'acceptation était basée entièrement sur les conditions incluses dans l'offre du 14 décembre 1990. Malev faisait également part de la coopération attendue pour les moteurs de remplacement et demandait que l'information demeure confidentielle jusqu'à l'annonce publique simultanée du choix des avions et des moteurs.

Le 11 février 1991, après une discussion verbale, P&W adressait une lettre à Malev l'informant qu'un budget supplémentaire de 65 milles \$ US serait ajouté au prix initial. La lettre prévoyait également une future rencontre entre les parties, à Budapest, afin de continuer les discussions sur le remplacement des moteurs des avions soviétiques et de finaliser le contrat PW4000. Toutefois, le 25 mars 1991, Malev notifiait P&W que, finalement, elle ne choisissait pas les moteurs de la série PW 4000 pour les Boeing 767²⁸.

P&W fit alors savoir à Malev qu'elle considérait que cette dernière s'était définitivement et irrévocablement engagée à acheter les Boeing 767 avec des moteurs de la série PW4000, que Malev devait donc honorer ses engagements, notifier la société Boeing de son choix et en faire l'annonce officielle. Malev refusa de se tenir pour engagée. P&W assigna Malev en justice devant la Cour métropolitaine de Budapest afin de faire reconnaître la validité du contrat. Malev se défendit notamment en invoquant l'absence de contrat en raison de l'indétermination du prix²⁹.

Le tribunal devait donc se prononcer sur la validité du contrat eu égard aux articles 14 et 55 de la *Convention*. P&W obtint gain de cause en première instance³⁰. Appel de la décision fut interjeté devant la Cour suprême de Hongrie, qui cassa la décision de première instance³¹.

sance et des options. Par exemple : 1 \$ = 50 hp (horsepower) + 50 hp = 2 \$ = 100 hp + 50 hp = 3 \$, etc.

²⁷ Le texte original parle de «*appropriate decision*» (*Pratt & Whitney* (C.S.), *supra* note 25 à la p. 2).

²⁸ «It does not seem likely» dans le texte original (voir *Pratt & Whitney* (C.S.), *ibid.* à la p. 51).

²⁹ Il ne s'agit pas là des seuls arguments invoqués, mais eux seuls feront l'objet de cette étude.

³⁰ Voir *Pratt & Whitney* (C.M.), *supra* note 25.

³¹ Voir *Pratt & Whitney* (C.S.), *supra* note 25.

2. Les décisions

a. *Les principaux arguments en présence*³²

P&W arguait que le prix était déterminable conformément à l'article 14 de la *Convention*, dans la mesure où il pouvait être calculé. Malev connaissait les caractéristiques des moteurs choisis et avait reçu diverses indications sur les moteurs, ainsi que la documentation additionnelle nécessaire au calcul du prix. Le prix d'un moteur supplémentaire était mentionné de manière non ambiguë et séparée dans l'offre du 14 décembre 1990. P&W soutenait ainsi que Malev pouvait parvenir à la détermination du prix en multipliant par cinq le prix du moteur supplémentaire. Enfin, P&W reconnaissait que le prix d'un moteur ordinaire n'est pas équivalent au prix d'un moteur turbo. Pourtant P&W «did not debate that its offer bid [did] not include the base price of the jet engine system» bien qu'elle «alleged that Defendant was aware of the prices»³³.

Malev prétendait au contraire que l'article 14 de la *Convention* n'était pas respecté puisqu'aucun prix n'avait été stipulé dans les offres successives relativement aux moteurs choisis :

For the price of the PW4056 series spare engine is not identical with the price of the PW4056 engine, neither is the price of the PW4056 series engine identical with the price of the PW4000. The so called pricing formula could only be applied if the base price of the given engines would have been defined at the time of making the contract. According to the data supplied by Plaintiff the base price would also have to be calculated, however, the data were not even sufficient for that, since Plaintiff did not indicate its own price index³⁴.

Par ailleurs, le prix n'étant pas précisé dans l'offre, le demandeur n'avait pu se référer à un prix extérieur dans la mesure où les moteurs d'avions n'ont pas de prix de marché. Or, la connaissance du prix était indispensable à l'aboutissement de cette transaction du fait de la situation de financement triangulaire. L'offre sans prix n'était donc pas une offre. En conséquence, Malev n'était pas liée par l'intention exprimée dans la lettre du 21 décembre 1990. Malev soutenait également que si la proposition de P&W devait être considérée comme une offre, celle de Malev devait être considérée comme une contre-offre et qu'en conséquence aucun contrat n'avait été conclu.

b. *Les décisions*

Le 10 janvier 1992, le juge de la Cour métropolitaine décida qu'un contrat avait été conclu au motif que les prix pour chaque type de moteurs avaient été mention-

³² Nous nous cantonnerons ici aux arguments propres au prix, non à ceux relatifs à l'énonciation dans l'offre de la qualité et de la quantité des moteurs concernés.

³³ *Pratt & Whitney (C.S.)*, *supra* note 25 à la p. 38.

³⁴ *Pratt & Whitney (C.S.)*, *ibid.* à la p. 35.

nés dans l'offre. Après avoir relevé l'existence de prix de base pour les moteurs PW4152 et PW4156/A, le juge décida que, d'une part, P&W avait bien eu l'intention d'être liée et, d'autre part, que l'offre était suffisamment définie conformément à l'article 14 puisqu'elle indiquait la chose (les moteurs PW4056, PW4060, PW4152 et PW4156/A), la quantité (commande ferme de deux avions et un en option, donc une commande de cinq ou sept moteurs), et le prix (5 847 675 \$ US pour un PW4056, et 5 552 675 \$ US pour un PW4156/A et un PW4152). Puisqu'il s'agissait bien d'une offre, Malev était liée par son acceptation. Le juge adopta comme argument supplémentaire le fait que le choix des moteurs dépendait de la décision unilatérale de l'acheteur, ce qui était, avec les multiples facilités et crédits accordés, indéniablement en sa faveur.

La Cour suprême n'interpréta pas les faits de la même manière ; elle cassa le jugement de première instance après avoir constaté que l'offre contenait des incohérences quant au prix. D'une part, le prix des moteurs supplémentaires PW4152 (à 5 552 675 \$ US) et PW4156/A (à 5 847 675 \$ US) était effectivement mentionné. Cependant, l'offre ne précisait pas le prix de ces mêmes moteurs destinés à être montés directement sur les avions alors que, comme nous l'avons vu, leurs prix n'étaient pas identiques à ceux des moteurs supplémentaires. D'autre part, l'offre ne précisait pas si le prix annoncé pour ces moteurs comprenait ou non le turbo. À l'inverse, l'offre mentionnait le prix du moteur neuf PW4056 (à 5 847 675 \$ US) et non le prix du moteur supplémentaire de la même série. Enfin, aucun prix n'était indiqué pour les moteurs PW4060.

C'est ainsi que la Cour suprême a jugé que :

[N]one of Plaintiff's offers, neither the one for the Boeing aircraft's engines, nor the one for the Airbus aircraft's jet engine systems, complied with the requirements stipulated in Paragraph 1, Section 14 of the Agreement, *for it did not indicate the price of the services or it could not have been determined* [nos italiques]³⁵.

La Cour suprême, qui estimait que le prix était essentiel à l'offre, décida qu'il devait être fixé dans l'offre pour permettre au contrat d'exister. La Cour décida que les prix n'étaient pas déterminés ou déterminables conformément à l'article 14, les prix de base n'ayant pas été fixés pour tous les moteurs. La Cour décida également que, les moteurs n'ayant pas de prix de marché, le prix ne pouvait pas être déterminé en vertu de l'article 55 de la *Convention*. Par conséquent, elle conclut à l'absence de contrat en disqualifiant l'offre.

B. Critique des décisions au regard de la doctrine portant sur la Convention

Comment interpréter cette première jurisprudence à la lumière de la doctrine relative aux articles 14 et 55 de la *Convention* ? Nous analyserons d'abord en quoi

³⁵ *Ibid.* à la p. 43.

consiste cette doctrine, pour ensuite évaluer la nécessité d'une interprétation uniforme des articles 14 et 55 par les juges nationaux.

1. La doctrine des articles 14 et 55

La *Convention* a fait couler beaucoup d'encre³⁶. Les nombreux auteurs qui se sont penchés sur la contradiction entre les articles 14 et 55 les ont trouvés soit inconciliables³⁷, soit complémentaires en dépit de leur contradiction apparente³⁸. Cette partie expose les principaux arguments soulevés.

Un premier courant doctrinal soutient que les articles sont inconciliables et que l'article 55 n'a d'effet que lorsque l'article 14 n'est pas applicable³⁹. Ce dernier ne sera pas applicable, soit lorsqu'il aura été écarté par la volonté expresse des parties⁴⁰, ou par les usages ou habitudes établis entre les parties⁴¹, soit lorsque l'État concerné n'aura pas ratifié la deuxième partie de la *Convention*⁴². Ainsi, dans tous les cas où la *Convention* est applicable dans son ensemble, l'article 55 n'aura pas d'effet. 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*»⁴³.

L'ensemble de la doctrine portant sur la thèse de la complémentarité s'accorde pour considérer que l'offre prévue à l'article 14 doit être précise (critère objectif) et

³⁶ Pour une bibliographie complète, voir Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 843.

³⁷ Voir V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris, G.L.N. Joly, 1992 à la p. 174. Voir aussi G. Eörsi, dans Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 144 :

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.

³⁸ Voir Adami, *supra* note 17.

³⁹ Voir J.-P. Plantard, «Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980» (1988) 115 J.D.I. 311.

⁴⁰ L'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».

⁴¹ L'article 9, alinéa 1, prévoit que «[l]es parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles» [nos italiques], et, selon l'alinéa 2 : «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 auraient du avoir connaissance [...]» [nos italiques].

⁴² L'article 92 prévoit que «tout État 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.

⁴³ Voir Honnold, *supra* note 18 à la p. 341.

qu'elle doit manifester l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (critère subjectif)⁴⁴. La discorde éclate quant à l'importance respective de ces deux critères, à leur application simultanée, et à la conciliation des articles 14 et 55⁴⁵. Selon un premier courant doctrinal⁴⁶, l'exigence subjective n'est qu'un corollaire de l'exigence objective ; la certitude de la volonté d'être liée sera d'autant plus forte que l'offre sera précise : «[I]l faut compléter les dispositions de l'article 14 par celles de l'article 55 concernant la détermination du prix»⁴⁷. Cependant, l'article 55 ne pourra s'appliquer que si le droit national applicable n'invalide pas le contrat dont le prix n'est pas fixé implicitement ou expressément⁴⁸. Selon un deuxième courant doctrinal, le critère central serait l'intention des parties (critère subjectif), alors que la précision du prix (critère objectif) devrait s'interpréter à la lumière de l'article 55⁴⁹.

D'autres ont tenté 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, régie 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, où le prix est à négocier⁵⁰. 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 contrat⁵¹. Cependant, les termes «valablement conclu» peuvent être interprétés comme incluant le prix ou comme ne faisant référence qu'à des facteurs autres que le prix⁵².

La contradiction peut être atténuée autrement : l'article 14 serait une clause d'annulation du contrat et l'article 55 en serait une de sauvetage. L'article 55 représente ainsi un moyen subsidiaire de déterminer le prix applicable, selon certains, de manière constante ou, selon d'autres, seulement lorsque le droit national positif en reconnaît la validité. Ainsi, il reste à déterminer si cette disposition ne fait référence

⁴⁴ Voir Amato, *supra* note 25 à la p. 5.

⁴⁵ Voir I. Corbisier, «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises : Réflexions comparatives» (1988) 40 R.I.D.C. 768 à la p. 827.

⁴⁶ Soutenu notamment par P. Kahn, «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises» (1981) 33 R.I.D.C. 931 à la p. 964. De même, Eörsi écrit, dans Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 406 : «[T]he 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 be no expressly or implicitly fixed or determinable price».

⁴⁷ Kahn, *ibid.* à la p. 964.

⁴⁸ S'il s'agit du droit national français, on peut penser que l'article 55 ne trouvera pas application.

⁴⁹ Voir Honnold, *supra* note 18 à la p. 201.

⁵⁰ Voir Tallon, *supra* note 2 à la p. 16. Voir aussi Eörsi, dans Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 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».

⁵¹ Le premier alinéa précise «si le contrat est valablement conclu».

⁵² Mais d'autres soutiennent le contraire (voir notamment Heuzé, *supra* note 37 à la p. 131).

qu'au prix de marché ou si elle peut être étendue à d'autres éléments, et dans cette dernière hypothèse, auxquels ? Là encore, même si la référence au prix de marché est admise dans certains pays, elle peut être soumise à des conditions précises et parfois rigoureuses comme en France, auquel cas le renvoi au droit national signifie la mort du contrat.

Un autre argument est à l'effet que le juge national ne doit pas rajouter au texte. Or, 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.⁵³ 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 (en fonction 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 est contraire à l'ordre public de la loi nationale⁵⁴.

Les arguments sont donc nombreux et divergents et il appartiendra à la jurisprudence de trancher en faveur de l'une de ces interprétations.

2. La nécessité d'une interprétation uniforme des articles 14 et 55 par les juges nationaux

La *Convention* n'institue pas de juridiction propre à résoudre ses difficultés d'application. Il faut donc recourir aux juges nationaux pour la mettre en oeuvre. Les juges réussiront-ils là où les représentants gouvernementaux ont échoué ?

Selon certains auteurs, l'avenir des articles de la *Convention* dépend de leur interprétation, qui doit se faire en fonction de l'article 4 de la *Convention*⁵⁵. Cependant, tandis que les uns soutiennent que la validité de la clause de prix relève de la loi nationale en vertu du paragraphe 4(a), auquel cas la validité de l'offre dépendra de la juridiction saisie, les autres se fondent sur l'alinéa 4(1) pour reconnaître cette compétence à la *Convention* elle-même⁵⁶, tendant ainsi à une interprétation uni-

⁵³ Voir V. Fortier, «Le prix dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : les articles 14 et 55» (1990) 117 J.D.I. 381.

⁵⁴ P. Tercier, «Droits et obligations de l'acheteur» dans *Colloque de Lausanne*, *supra* note 15, 119 à la p. 121. Encore convient-il d'admettre que la détermination du prix soit effectivement d'ordre public.

⁵⁵ Voir Kahn, *supra* note 46 à la p. 962. L'article 4 de la *Convention* prévoit que :

La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas :

(a) la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages [...] [nos italiques].

⁵⁶ Application devant se faire sous réserve de mauvaise foi ou d'abus auquel cas la loi nationale retrouve à s'appliquer.

forme grâce à l'application des principes généraux de la *Convention*⁵⁷. Deux options peuvent alors être envisagées. Premièrement, le juge national se référera à son propre droit pour juger si le prix est déterminé ou non ; deuxièmement, il se référera aux principes généraux de la *Convention* et s'inspirera de l'un des courants doctrinaux examinés ci-dessus⁵⁸.

a. *Critique des décisions hongroises*

Dans l'affaire qui nous concerne, le juge de la Cour suprême de Hongrie a tenté, dans une certaine mesure, de concilier les articles 14 et 55 de la *Convention*. C'est ainsi qu'il a d'abord appliqué l'article 14 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, il a eu recours à l'article 55 afin de déterminer le prix, d'où la référence au prix 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»⁵⁹. Cette jurisprudence n'est cependant pas dénuée de toute influence nationale. La vue civiliste du juge se retrouve dans l'affirmation que le prix constitue un élément essentiel de l'offre, dans le fait que l'imprécision du prix est de nature à disqualifier l'offre, et dans l'interprétation restrictive de l'article 55 *in fine*, où le juge ne voit qu'une clause de marché.

Quelle que soit la solution adoptée par la cour hongroise, la brièveté, si ce n'est la pauvreté, de l'analyse juridique est à déplorer car non seulement s'agit-il du premier arrêt rendu en la matière mais il est destiné à faire jurisprudence. De plus, le juge hongrois n'a pas adressé de manière exhaustive toutes les questions qui se posaient⁶⁰. Il mentionne l'intention d'être lié, il ne justifie pas cette analyse. De même, les articles 14 et 55 sont appliqués simultanément sans que de contradiction ne soit relevée. Enfin, le juge n'a pas étayé son interprétation restrictive de l'article 55 du raisonnement juridique attendu.

Au niveau des faits, les décisions ne permettent pas non plus d'établir avec certitude si le prix avait été stipulé ou non. En pratique, les négociations se font au

⁵⁷ La *Convention* peut, cependant, faire l'objet d'interprétations diverses comme en témoigne la vaste doctrine sur les articles 14 et 55. Eörsi souligne notamment que :

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 no contract if the price is not determined or determinable; and (b) the articles involves the *problem of validity which is expressly outside the scope* of the Convention [nos italiques] (Eörsi dans Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 401).

⁵⁸ Voir Amato, *supra* note 25 à la p. 4.

⁵⁹ Pratt & Whitney (C.S.), *supra* note 25 à la p. 7.

⁶⁰ Voir Amato, *supra* note 25 aux pp. 17, 27.

jour le jour, de manière extrêmement rapide et sont souvent orales. Il est fort probable en l'espèce que le prix des moteurs ait été fixé oralement. Dans ce cas, la preuve est difficile à apporter. D'une part, il semble douteux que P&W ait précisé les modalités de paiements et les facilités de crédit si le prix n'avait pas été discuté au préalable. La «*price escalation formula*» constitue donc un autre indice d'une discussion sur le prix. D'une autre part, les arguments de P&W révèlent une certaine négligence. En effet, P&W ne peut soutenir qu'il suffisait de multiplier le prix des moteurs supplémentaires par cinq, puisque les prix des moteurs neufs ne sont pas identiques au prix des moteurs supplémentaires⁶¹. Ainsi, le prix d'un moteur ne peut pas être déterminé par la formule mentionnée ci-dessus si le prix de base n'est pas connu.

b. *Une volonté d'interprétation uniforme*

Au regard de ce qui précède, la cour hongroise a-t-elle failli à sa mission unificatrice ? Certains auteurs avaient confiance en la jurisprudence à venir, soulignant qu'il ne fallait pas «surestimer la contradiction des art. 14 et 55 de la Convention. Les tribunaux pourront sans doute vivre avec elle»⁶². La Cour suprême de Hongrie semble avoir survécu à la contradiction : elle applique simultanément les deux articles, et consacre ainsi la doctrine de la complémentarité. La réflexion n'aboutit cependant pas au résultat souhaité, à savoir que le contrat aurait dû être maintenu en appliquant le prix défini selon l'article 55, dès lors que «la volonté des parties de conclure pouvait être prouvée par d'autres moyens, même lorsque le prix n'était pas fixé»⁶³.

Cette dualité demeurera tant que les juridictions nationales interpréteront la *Convention* en vertu de leurs droits nationaux⁶⁴ et non en vertu d'un droit suprarnational⁶⁵. La solution doit être recherchée dans la *Convention* même⁶⁶, en se détachant de l'interprétation strictement littérale de l'article 14 et en replaçant la formation du contrat dans le contexte global de la *Convention*. Toutefois, comment interpréter cette dernière ? Pour certains, «il serait faux de dire que l'esprit de la Convention

⁶¹ Sauf à soutenir que P&W avait convenu de ne pas faire de distinction entre le prix des moteurs neufs destinés à être montés directement et des moteurs neufs supplémentaires. Cependant, P&W n'invoque ce moyen à aucun moment.

⁶² W.A. Stoffel, «Formation du contrat» dans *Colloque de Lausanne, supra* note 15, 55 à la p. 77.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Voir Fortier, *supra* note 53 à la p. 382 : «[I]nterpréter [les articles 14 et 55] en les détachant le plus possible des systèmes nationaux disparates pour tendre vers un système de droit réellement uniforme» ou, *ibid.* à la p. 384 : «[L]e caractère international et conventionnel du texte le détache des droits étatiques dans lesquels il plonge quelques racines».

⁶⁵ Isabelle Corbisier prône cette interprétation autonome (voir *supra* note 45). Bianca et Bonell soulignent également cette nécessité : «It is not sufficient that the single States adopt the Convention. It is equally important that its provisions be interpreted in the same way in various countries» (*supra* note 4 à la p. 19).

⁶⁶ Voir Bianca et Bonnell, *ibid.* à la p. 18.

conduirait irrémédiablement à la nullité du contrat, si les parties n'ont pas fixé de prix»⁶⁷. Pour d'autres, aucun compromis n'existe⁶⁸.

De plus, l'interprétation des articles 14 et 55, même détachée du contexte national, n'est pas évidente. L'affaire *Pratt & Whitney* en montre les faiblesses. Concernant l'article 14, à partir de quel moment doit-on estimer qu'une offre est suffisamment précise ? Que doit-on entendre par «désignation de la marchandise» ? L'offre de P&W portait effectivement sur trois types de moteurs déterminés. Cependant, l'acceptation des moteurs de la série PW4000 est-elle suffisante ou est-il nécessaire d'individualiser la désignation, soit de ne choisir qu'un seul type de moteur ? De même, quand la quantité est-elle fixée ? Est-il suffisant de savoir que la commande porte sur cinq à sept moteurs, ou faut-il une quantité ferme et fixe ? Enfin, l'indication d'un seul prix est-elle suffisante ou faut-il mentionner le prix de chaque article proposé ? La même incertitude règne quant à l'interprétation de l'article 55 *in fine*. Ne peut-on y voir que la référence au prix de marché, comme le suggère la doctrine civiliste, ou peut-on y voir la possibilité qu'un prix raisonnable soit fixé par le juge, comme le soutiennent les auteurs de *common law* ?

Comme nous allons le voir dans la seconde partie, la réponse à ces questions dépend de la juridiction saisie. En somme, cette situation est inacceptable et risque de compromettre l'avenir de la *Convention*.

II. Solution de l'affaire *Pratt & Whitney* dans un autre État : critique d'une jurisprudence nationale

À supposer qu'un juge américain ou français ait été saisi de l'affaire, quelle en aurait été l'issue⁶⁹ ? Une revue des principes et de la jurisprudence nationale de ces deux juridictions permettra de répondre à cette question.

A. *L'affaire Pratt & Whitney portée devant un juge américain*

Dans l'affaire *Pratt & Whitney*, la Cour suprême de Hongrie décida d'écarter une clause portant sur les conditions générales de vente qui faisait référence à la loi du Connecticut et au U.C.C.⁷⁰. Or, la solution aurait certainement été différente si le

⁶⁷ Adami, *supra* note 17 à la p. 106.

⁶⁸ Voir C. Samson, «La Convention des Nations Unies sur les Contrats de vente internationale de la marchandise : Études comparatives de la Convention et de des règles de droit québécois en la matière» (1984) 23 C. de D. 919.

⁶⁹ Une analyse semblable mais plus sommaire a été faite par Amato, *supra* note 25.

⁷⁰ P&W réclamait l'application de la loi de l'État du Connecticut en vertu d'une clause contenue dans les «Standard Terms and Conditions of Sale». La Cour a refusé cette application dans la mesure où la validité même de l'accord était discutée. La pratique montre également que ces conditions générales sont souvent rejetées par l'autre partie contractante.

juge de l'État du Connecticut avait été saisi de l'affaire et avait interprété la *Convention* à la lumière de son droit national.

1. Le U.C.C. et son interprétation

a. *Le texte*

En droit américain, le U.C.C. régleme les contrats de vente⁷¹ et régit le prix. L'article 2-305⁷² 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 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.

b. *Évolution du droit : nouveau texte, nouveaux principes*

À l'origine, la *common law* était hostile aux contrats sans prix⁷³. 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 inopposable ou «*unenforceable*»⁷⁴. Or, les éléments essentiels ou «*material terms*» incluaient le prix⁷⁵. Si les parties ne s'étaient pas mises d'accord

⁷¹ Voir U.C.C., § 2-012 (1995).

⁷² *Ibid.*

⁷³ Voir W.D. Hawkland, «Sales Article 2-305: Open-Price Term» dans 2 Uniform Commercial Code Series, Wilmette, Clark Boardman Callaghan, 1993 à la p. 301. Voir notamment *Louisville Soap Co. c. Taylor*, 279 F. 470 (6th Cir. 1922).

⁷⁴ Voir J. Paulsson, «La détermination du prix dans les contrats, chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux» (1981) Dr. & P.C.I. 131.

⁷⁵ Voir W. Henning et G. Wallach, *The Law of Sales under the Uniform Commercial Code*, Boston, Warren Gorham Lamont, 1992 au n° 3.03.

sur un prix raisonnable ou n'avaient pas prescrit une méthode raisonnable permettant sa détermination, la convention était alors incertaine et insuffisamment explicite pour être opposable⁷⁶.

Le U.C.C. a introduit en droit américain une flexibilité qui lui était jusqu'alors étrangère⁷⁷, permettant au juge d'adapter le droit des contrats au contexte économique⁷⁸. C'est ainsi que l'article 2-305 du U.C.C. abolit le concept du «*agreement to agree*» et la sanction de «*indefiniteness*». Le U.C.C. ne reconnaît à aucun élément du contrat de vente le statut d'élément essentiel et remplace les règles abstraites par des critères dont l'utilisation repose sur une présomption réfutable de comportement raisonnable des parties⁷⁹.

Le U.C.C. laisse cependant la voie ouverte à l'annulation du contrat si l'intention de contracter fait défaut⁸⁰. L'élément essentiel n'est pas ici le prix mais l'intention des parties⁸¹, bien que celles-ci puissent faire du prix un élément essentiel du contrat⁸². Grâce à la recherche de l'intention et au principe de bonne foi, le juge peut se substituer aux parties afin de fixer un prix «raisonnable». Le juge dispose en quelque sorte d'un mandat prévu expressément par la loi, et en vertu duquel il va se substituer aux parties et leur proposer un prix fixé en conformité avec les dispositions du U.C.C. En pratique, la nullité d'un contrat est exceptionnelle⁸³, car l'objectif premier du U.C.C. est 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 dominants⁸⁴.

⁷⁶ Voir T. Quinn, *Quinn's Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest*, Boston, Warren Gorham Lamont, 1991 à la p. 2-175 : «Under pre-code law, sales contracts were expected to be definite, at least on the essential points. As a result, if an agreement was reached but no price set, the contract was treated as an 'agreement to agree', and was unenforceable for indefiniteness».

⁷⁷ Les articles 9 et 10 du *Uniform Sales Act* (reproduit dans R. Braucher, A.E. Sutherland Jr, B.F. Willcox, *Commercial Transactions: Text, Forms, Statutes*, Brooklyn, Foundation Press, 1953, 289 à la p. 292) prévoyaient déjà une certaine flexibilité que le U.C.C. a élargi (voir D. Murray, «The Open-Price Sale of Goods Contract in a Worldwide Setting» (1984) 89 Com. L.J. 491).

⁷⁸ Voir Corbisier, *supra* note 45 aux pp. 807-08.

⁷⁹ Voir Corbisier, *ibid.*

⁸⁰ Voir Quinn, *supra* note 76 à la p. 2-175.

⁸¹ Voir Quinn, *ibid.* : «[T]he 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» [nos italiques].

⁸² Voir L. Marasinghe, *Contract of Sale in International Trade Law*, Singapore, Butterworths Asia, 1992 à la p. 191 :

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 at the time of contracting and where no such price was fixed or agreed as intended by the parties. This rule is more a principle of contract law and, therefore, is common to both the Uniform Commercial Code and the English common law.

⁸³ Voir Paulsson, *supra* note 74 à la p. 132.

⁸⁴ *Ibid.*

2. Applications nationale et internationale

a. *Mise en jeu interne du U.C.C.*

Le juge procède par différentes étapes lorsque (1) le contrat ne fixe pas de prix, (2) le prix devait être négocié plus tard mais ne l'a pas été, ou (3) le prix devait être déterminé par rapport au prix d'un marché donné qui se révèle impossible à déterminer ou à appliquer et auquel sera substitué un prix raisonnable⁸⁵.

Qu'un prix soit absent ou contesté, le juge examine en premier lieu l'intention des parties. Si cette intention n'existe pas, le contrat n'existe pas. Si le prix n'existe pas mais une volonté de contracter est démontrée, le juge pourra alors le fixer lui-même. Ainsi, dans les arrêts *Spartan Grain & Mill Co. c. Ayers*⁸⁶ et *Mickelian Sales Co. c. Nathan Gilbert & Sons, Inc.*⁸⁷, la Cour a fixé un prix raisonnable. Plus récemment, la même solution a été adoptée dans l'affaire *In Re Pelton*⁸⁸ :

[T]he parties intended to make a contract, *even though there was no specific price term in the agreement*. The price was to be calculated upon the current market value of the feed in the proportion which that expense bore among other defined expenses to the sale price of the cattle. The contract for the sale of crops and feed would not fail for indefiniteness. There was an attempt to contract and a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy [nos italiques]⁸⁹.

Le juge peut cependant considérer que la partie ayant fixé le prix n'a pas fait la preuve d'un prix raisonnable et que, par conséquent, il n'y a pas eu de contrat. Ainsi, dans l'affaire *Big Farmer, Inc. c. Agridata Resources, Inc.*⁹⁰, concernant une liste d'envois postaux, les parties ne s'étaient pas entendues sur les termes «*per net name added*» et «*per name added*». La Cour a trouvé en l'espèce qu'il n'y avait pas eu d'accord de volonté et, par voie de conséquence, concluait à l'absence de contrat :

Since these terms [the invoice, the rate card and the letter] are in conflict, they "knocked-out" each other and are treated as if the parties said nothing as to price. In such a case, UCC par. 2-305 sets a "reasonable" price [...] as the amount to be paid. [The Seller] *offered no testimony as to the reasonable value of the services rendered* [nos italiques]⁹¹.

⁸⁵ Voir Henning et Wallach, *supra* note 75 au n° 3.08.

⁸⁶ 517 F.2d 214, 17 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 693 (5th Cir. 1975).

⁸⁷ 26 A.D. 988, 4 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 352 (1987).

⁸⁸ 25 U.C.C. Rep. Serv.2d (Callaghan) 265, 171 B.R. 641 (W.D. Wis. 1994) [ci-après *Pelton* avec renvois aux U.C.C. Rep. Serv. 2d].

⁸⁹ *Ibid.* à la p. 270.

⁹⁰ 581 N.E.2d 783, 221 Ill. App. 3d 244 (3d Cir. 1991) [ci-après *Big Farmer* avec renvois au N.E.2d].

⁹¹ *Ibid.* à la p. 786.

De même, le juge peut devoir se prononcer sur la mise en jeu des mécanismes de fixation de prix prévus au contrat. Ainsi, dans l'affaire *Wagner Excello Foods, Inc. c. Fearn International, Inc.*⁹² les parties étaient liées par un contrat de fabrication de concentré de jus de fruit qui incluait l'achat d'une certaine quantité de concentré sur un certain nombre d'années. Cet engagement ne fut pas respecté et l'acheteur rompit le contrat avant l'échéance. Le contrat ne mentionnait pas de prix mais comprenait la clause suivante :

[R]eview the price per case of each product every four months. Thirty days before the end of each four month period, the [buyer] was required to notify the [seller] of, and substantiate, any proposed price changes for the upcoming period. If [he] failed to object to the proposed price change, the new price would go into effect. If [he] objected, however, 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 period⁹³.

Le juge a estimé qu'un contrat existait même en l'absence de prix. Il adopta la même solution dans l'affaire *Schmieder c. Standard Oil Co. of Indiana*⁹⁴. En l'espèce, à l'issue d'un contrat conclu entre Schmieder et Standard Oil, Schmieder devait vendre du matériel à la société pétrolière. Le contrat donnait une option de rachat de ce matériel à un prix déterminable. Seul le calcul de sa dépréciation n'était pas déterminé. Standard Oil ayant exercé l'option de rachat, la Cour décida que le contrat avait été formé, et elle fixa le montant de la dépréciation⁹⁵.

Le même raisonnement s'applique en cas de disparition d'un prix. Dans l'affaire *Northwest Central Pipeline Co. c. Jer Partnership*⁹⁶, relative à trois contrats à long terme de fourniture de gaz prévoyant un «take-or-pay» agreement for a term of twenty years⁹⁷ basé sur un prix «regulated under the Natural Gas Policy Act of 1978»⁹⁸, la Cour d'appel estima que la déréglementation de ce prix (ayant eu lieu en 1985) avait été prévue dans la clause concernant un mécanisme de redétermination du prix⁹⁹.

⁹² 601 N.E. 2d 956, 235 Ill. App. 3d 224 (1992) [ci-après *Wagner* avec renvois au N.E.2d].

⁹³ *Wagner, ibid.* à la p. 958.

⁹⁴ 230 N.W.2d 732, 69 Wis. 2d 419 (1975) [ci-après *Schmieder* avec renvois au N.W.2d].

⁹⁵ Voir *ibid.* à la p. 735.

⁹⁶ 943 F.2d 1219, 16 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1004 (10th Cir. 1991) [ci-après *Northwest* avec renvois au F.2d].

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 1221.

⁹⁸ Voir *ibid.*

⁹⁹ Selon les termes mêmes de la Cour, «it creates an open price term upon regulation» (*ibid.* à la p. 1227).

b. *Interprétation de la Convention par un juge américain*

Si la compétence d'un juge national n'avait pas été déclinée, quelle aurait été la position du juge américain ? Au regard de la jurisprudence précédente et de la position de la doctrine exprimée à la suite de la mise en oeuvre de la *Convention*, il est fort probable que le magistrat aurait jugé que le contrat avait été conclu¹⁰⁰.

L'analyse des faits par le juge américain aurait certainement été plus poussée que celle du juge hongrois, notamment quant à l'admission de témoignages oraux. Le juge aurait tout d'abord recherché l'intention des parties d'être liées. Or, l'intention de P&W était manifeste lors des négociations ayant précédées la lettre du 21 décembre 1990, tandis que celle de Malev était rendue évidente par le télex du 21 décembre 1990. Au regard de la jurisprudence du U.C.C. examinée ci-dessus, cela suffit. Une fois cette intention exprimée, le contrat est conclu même si le prix n'a pas été précisé. Le juge se référera alors à l'article 55 de la *Convention* qui lui permet de fixer le prix, soit en faisant référence au prix de marché, soit en fixant lui-même un prix raisonnable, comme en droit interne. Ainsi, la solution aurait été diamétralement opposée à celle rendue par la Cour suprême de Hongrie. Cependant, Malev aurait pu invoquer la nécessité absolue de la connaissance du prix. Toutefois, la jurisprudence américaine n'admet cet argument qu'en cas de manifestation expresse d'une telle intention, et cette nécessité n'a fait l'objet en l'espèce d'aucune mention écrite ou discussion quelconque au cours des négociations.

En conséquence, si l'affaire avait été portée devant un juge américain, il est fort probable que le juge aurait maintenu le contrat et fixé lui-même le prix des moteurs par référence à un prix raisonnable. Cette solution signifie également que la jurisprudence hongroise risque d'être tout simplement ignorée par les pays de *common law*, et qu'à l'avenir, les parties à un contrat international excluront l'application des articles 14 et 55 de la *Convention* afin d'éviter un tel résultat.

B. *L'affaire Pratt & Whitney portée devant un juge français*

Le droit français adopte, en matière de détermination du prix, une position très rigide et semble, en comparaison au droit américain, constituer un des derniers bastions de la détermination du prix¹⁰¹. Aujourd'hui, la situation est telle qu'il a été conseillé d'exclure contractuellement l'application du droit français sur ce point dans les contrats internationaux¹⁰².

¹⁰⁰ Voir Amato, *supra* note 25 à la p. 18.

¹⁰¹ *Ibid.* à la p. 20.

¹⁰² Voir Juris-classeur international, vol. 10, fasc. 565-A-5, «Vente commerciale internationale», par P. Kahn, aux n^{os} 56, 113.

1. Les textes applicables et la jurisprudence

a. *Les textes : l'évolution*

Les articles 1591 et 1592 C. civ. 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 les tribunaux dans ce domaine. Cependant, 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 C. civ. ne prévoit aucune disposition particulière pour ces contrats. C'est pourquoi la jurisprudence, après avoir tenté de recourir aux articles précités, s'est tournée vers les principes généraux du droit des obligations et a trouvé, dans l'article 1129 du C. civ., le fondement de l'exigence d'un prix déterminé, ou tout au moins déterminable, applicable aux contrats autres que les contrats de vente. Cet article, qui se situe au titre troisième intitulé «Des contrats ou des obligations conventionnelles», dans la section III traitant «De l'objet et de la matière des contrats», prévoit 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»¹⁰³.

La jurisprudence de la Cour de cassation en la matière est constante depuis de nombreuses années¹⁰⁴. Cette jurisprudence se base sur une interprétation particulière et quelquefois détournée de divers articles du C. civ., ce qui explique que cette position soit critiquée par une partie de la doctrine.

b. *Évolution de la jurisprudence française*

Trois principes directeurs ont guidé la Cour de cassation : premièrement, le prix est un élément essentiel du contrat et, par conséquent, il doit être déterminé ou déterminable ; deuxièmement, la fixation du prix ne doit pas dépendre de la volonté de l'une des parties¹⁰⁵ ; finalement, le juge ne peut jamais se substituer aux parties pour fixer ou corriger un prix¹⁰⁶.

¹⁰³ Art. 1129 C. civ.

¹⁰⁴ Voir Tallon, *supra* note 2 à la p. 55.

¹⁰⁵ Ce principe découle de l'application de l'article 1174 C. civ. en vertu duquel : «Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige». La jurisprudence est constante en la matière, et la Cour de cassation est extrêmement rigoureuse notamment à l'égard des clauses de «prix livraison» ou des clauses «prix catalogues» (voir : Cass. com., 21 juin 1976, J.C.P. 1978.II.18984 ; Cass. com., 19 novembre 1991, Bull. civ. 1991.IV.356 ; Cass. com., 2 novembre 1993, Bull. civ. 1993.IV.371).

¹⁰⁶ Voir notamment : Cass. com., 29 juin 1981, Bull. civ. 1981.IV.298 ; Cass. civ., 25 avril 1972, D. 1973.Jur.661 ; Cass. civ., 18 juillet 1979, Bull. civ. 1979.I.220.

i. La jurisprudence des «pompiistes de marques» de 1971

L'évolution de la jurisprudence a débuté avec l'affaire des pompistes de marques¹⁰⁷. En l'espèce, 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, par exemple). Le prix était déterminé par un arrêté du 28 octobre 1952 qui définissait la marge bénéficiaire maximum devant revenir au détaillant et au grossiste. Le 27 mai 1963, l'administration ne fixa plus que le prix limite de vente au consommateur et opéra une fusion des deux marges professionnelles. À compter du 1^{er} octobre 1963, le prix des produits du contrat liant les distributeurs aux compagnies pétrolières n'était donc plus déterminable. De nouvelles négociations s'ensuivirent, durant lesquelles les pompistes cherchèrent à améliorer leur marge de bénéfice au détriment des compagnies pétrolières. Celles-ci s'y opposèrent. Les pompistes prétendirent alors que leurs contrats étaient devenus caducs depuis l'arrivée de la nouvelle réglementation.

La Cour de cassation leur donna raison en jugeant qu'il n'existait 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 parties¹⁰⁸, que, de plus, «il n'était pas possible, sans trahir la commune intention des parties, d'estimer que s'imposent encore à celles-ci les dernières marges et les derniers prix en vigueur lors du changement de système» [nos italiques]¹⁰⁹, et que «le prix limite avait été, pour les deux parties la cause déterminante de leur accord sur ces prix»¹¹⁰. La Cour de cassation conclut donc à la caducité du contrat. En assimilant le contrat d'approvisionnement exclusif à un contrat de vente ou à des contrats de vente successifs, la Cour de cassation pouvait recourir à l'article 1591 C. civ. afin de contrôler la détermination du prix¹¹¹.

Cette position a fait l'objet de vives critiques car les contrats qui unissaient les compagnies pétrolières aux pompistes ne constituaient pas des contrats de vente à proprement parler, mais des contrats spécifiques, ou contrats cadres, ayant pour objet l'organisation de rapports économiques et juridiques suivis entre des partenaires économiques¹¹². Les contrats cadres doivent être suivis de contrats d'application

¹⁰⁷ Voir Cass. com., 27 avril 1971, *Socomanut*, D.1972.Jur.353 (note J. Gesthin) ; Cass. com., 27 avril 1971, *Elf-Distribution*, D.1972.Jur.354 (note J. Gesthin) ; Cass. com., 5 novembre 1971, *Strauch*, D.1972.Jur.354 (note J. Gesthin).

¹⁰⁸ Voir *Socomanut*, *ibid.* à la p. 353.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Elf-Distribution*, *supra* note 107 à la p. 354.

¹¹¹ Voir M.-F. Coutant, note sous Aix-en-Provence, 11 janvier 1994, J.C.P. 1994.II.22295.

¹¹² Voir J. Gesthin, note sous *Socomanut* et *Elf-Distribution*, *supra* note 107 à la p. 355.

qui ne prennent pas forcément la forme d'une vente¹¹³. L'assimilation du contrat d'approvisionnement exclusif à la vente paraissait donc excessive.

Indépendamment de cette interprétation, la Cour de cassation adopte, en matière de fixation du prix, une position diamétralement opposée à celle du U.C.C. en vertu duquel, en cas de disparition de l'indice de détermination du prix, le juge peut se substituer aux parties et fixer lui-même un prix raisonnable.

ii. La jurisprudence des «contrats de bière»

Pour résoudre la difficulté découlant des textes, la Cour de cassation eut recours à l'article 1129 C. civ. Ce revirement s'est opéré dans *S.A. Brasserie Guillaume Tell c. Société Européenne de brasseries «Eurobra» et Soc. Européenne de Brasserie c. Portella*¹¹⁴ portant sur des contrats d'assistance et de fourniture conclus entre brasseurs et détaillants, ou des contrats dits «de bière». Dans la première décision, 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 pratiqu[é] [...] pour des marchandises de même qualité sur la place où est exploité le fonds»¹¹⁵. La Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence en décidant, dans la seconde décision, que «le contrat de fourniture exclusive ne peut être considéré comme un contrat de vente, [...] qu'il s'agit là, en réalité, [...] d'une convention-cadre, en vertu de laquelle doivent être conclues des ventes [...] [S]eules ces dernières doivent dès lors remplir la condition prévue à l'art. 1591 [...]»¹¹⁶. La Cour parvint cependant à maintenir la nécessité d'un prix déterminable en se fondant cette fois sur l'article 1129 C. civ. : «[L]e prix des fournitures n'était pas précisé [...], la référence aux prix habituellement pratiqués sur la place n'était pas suffisante à sa détermination» [nos italiques]¹¹⁷. En l'espèce, la Cour de cassation a décidé qu'il ne s'agissait pas d'un «élément de référence sérieux, précis et objectif»¹¹⁸.

Cette jurisprudence fit également l'objet de critiques diverses¹¹⁹, mais la Cour de cassation maintint sa jurisprudence et réprima la «rébellion»¹²⁰ des cours d'appel.

¹¹³ Voir M.-A. Frisson-Roche, «L'indétermination du prix» (1992) 91 R.T.D. civ. 275.

¹¹⁴ Cass. com., 11 octobre 1978, *Soc. Européenne de Brasserie*, D.1979.Jur.135 (note R. Houin), J.C.P. 1979.II.19034 (note Y. Loussouarn) ; Cass. com., 11 octobre 1978, *S.A. Brasserie Guillaume Tell*, D.1979.Jur.135 (note R. Houin), J.C.P. 1979.II.19034 (note Y. Loussouarn) [ci-après *Guillaume Tell* avec renvois aux D.].

¹¹⁵ *Guillaume Tell*, *ibid.* à la p. 135.

¹¹⁶ *Soc. Européenne de Brasserie*, *supra* note 114 à la p. 135.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Voir : Frisson-Roche, *supra* note 113 à la p. 277 ; Corbisier, *supra* note 45.

¹²⁰ Voir notamment : Nancy, 13 Juin 1979, J.C.P. 1981.II.19585 ; Cass. com., 14 janvier 1980, J.C.P. 1981.II.19585 (note B. Gros) ; Cass. com., 13 décembre 1982, Bull. civ. 1982.IV.414.

Après son extension aux contrats cadres de fournitures de produits pétroliers¹²¹, le principe fut généralisé¹²² :

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 [nos italiennes]¹²³.

La jurisprudence s'affina également relativement aux clauses de marché. La Cour de cassation exige ainsi que le marché soit spécifique¹²⁴, que la libre concurrence joue et notamment que la fixation du prix ne dépende pas de la volonté d'une des parties¹²⁵, et enfin, que la référence au prix de marché soit sérieuse, précise et objective¹²⁶. Si la clause ne remplit pas toutes ces conditions, elle n'est pas valable et entraîne la nullité du contrat¹²⁷.

2. Application de la jurisprudence française aux contrats internationaux

a. Pratt & Whitney et le juge français

Au regard de ce qui précède, le juge français saisi de l'affaire *Pratt & Whitney* jugerait certainement que l'offre n'était pas suffisamment précise en raison de l'absence de prix.

Le juge français, comme le juge hongrois, conçoit la fixation du prix comme un élément essentiel de l'offre ou du contrat. Il cherchera donc si, directement ou indirectement (par référence), le prix est mentionné dans l'offre et s'il ne dépend pas de la volonté de l'une des parties. En l'espèce, le juge français aurait conclu, comme le juge hongrois, que le prix n'était ni déterminé ni déterminable dans l'offre du 14 décembre 1990. En supposant que le juge français ait également fait une application simultanée de l'article 55 de la *Convention*, il n'aurait pu voir dans cette clause qu'une référence au prix de marché. Or, la première condition, à savoir l'existence d'un marché spécifique, n'existe pas. En droit français, les conditions sont cumulatives et, par conséquent, le juge aurait décidé que le prix n'était pas déterminable.

¹²¹ Voir Cass. com., 27 avril 1981, Bull. civ. 1981.IV.188 ; Cass. com., 29 juin 1981, J.C.P. 1981.IV.339.

¹²² Voir 13 novembre 1984, *Natalys* [non publié] cité dans Frisson-Roche, *supra* note 113 à la p. 269, note 61.

¹²³ *Ibid.* La jurisprudence a été étendue successivement aux contrats d'approvisionnement en laine et articles d'habillement, à la farine, aux contrats d'entretien ou de location de matériel téléphonique, au contrat de transport, au contrat de franchise ...

¹²⁴ Voir Aix-en-Provence, *supra* note 111.

¹²⁵ Voir par ex., Paris, 28 juin 1993, J.C.P. 1994.Ed.E.I.310.

¹²⁶ Voir par ex., Cass. com., 16 février 1993, J.C.P. 1994.Ed.E.I.310. Voir les commentaires d'arrêts dans (1993) 3:5 Cont. Conc. & Consom. 3 au n° 84 ; (1993) 3:7 Cont. Conc. & Consom. 7 au n° 130.

¹²⁷ On constate que la plupart des décisions judiciaires annulent pour indétermination du prix les contrats contenant une de ces clauses (voir Frisson-Roche, *supra* note 113 à la p. 284).

Bien qu'il puisse faire abstraction du droit national et fixer lui-même un prix raisonnable, il est douteux qu'un juge français adopte une approche aussi contraire à sa religion.

b. *Vers une éventuelle évolution*

Ces dernières années, la Cour de cassation a abordé un nouveau tournant jurisprudentiel. Cette nouvelle jurisprudence pourrait avoir une influence certaine notamment dans le domaine des contrats internationaux.

Ce revirement est intervenu lors de l'affaire *Ouest Abri* du 22 janvier 1991¹²⁸. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de concession exclusive, intervenu entre un fabricant de roulottes de chantier, la société Ouest Abri, et un spécialiste de la commercialisation de ce type de baraquement, la société Bos. Cet accord portait sur la vente de constructions légères à usages divers (bureau, habitation, sanitaire, etc.). Le concessionnaire s'était engagé à réaliser un chiffre d'affaires minimum et à observer certaines modalités de paiement. Alléguant que la société Ouest Abri avait violé la clause d'exclusivité, la société Bos l'assigna en dommages et intérêts. En défense, la société Ouest Abri invoqua la nullité du contrat pour indétermination du prix¹²⁹.

Dans son attendu de principe, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel au motif suivant :

[E]n 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'est 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 [nos italiques]¹³⁰.

Cette jurisprudence introduit une nouvelle distinction suivant le type de contrat d'approvisionnement. Certains contrats seulement seraient soumis à l'obligation de détermination du prix sur le fondement des articles 1129 et 1591 C. civ. Le critère permettant de distinguer 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 faire¹³¹. 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

¹²⁸ Cass. com., 22 janvier 1991, D.1991.Jur.175, Bull. civ. 1991.IV.35.

¹²⁹ Voir *ibid.* à la p. 176.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Voir L. Leveneur, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix» (1991) 1:5 Cont. Conc. & Consom. 1.

successives»¹³². Les interrogations de la doctrine témoignent du flou laissé par la jurisprudence de la Cour de cassation¹³³.

Cette nouvelle jurisprudence reflète cependant la reconnaissance par la Cour de cassation que, pour certains contrats, le prix n'a besoin d'être ni déterminé, ni déterminable, le prix étant subordonné à la volonté des parties. Cependant, il n'est pas certain que cette interprétation soit exacte. De plus, la Cour de cassation ne va pas jusqu'à fixer le prix à la place des parties, respectant en cela le principe traditionnel de non-immixtion dans les relations contractuelles. Enfin, la Cour de cassation n'en continue pas moins à appliquer sa jurisprudence traditionnelle aux contrats de bière¹³⁴ ainsi qu'aux contrats de vente¹³⁵. Aujourd'hui encore, la jurisprudence française, sous la houlette de la Cour de cassation estime que la détermination du prix est un élément essentiel à la validité des contrats de vente et des contrats impliquant une obligation de faire et que son indétermination doit entraîner la nullité du contrat¹³⁶.

La solution de la jurisprudence française dans l'affaire *Pratt & Whitney* aurait donc été de disqualifier l'offre pour défaut de prix. Une solution par ailleurs identique à celle de la Cour suprême de Hongrie dont la jurisprudence sera bien accueillie en droit français.

Conclusion : avenir des articles 14 et 55 de la *Convention*

Au regard de ce qui précède, la jurisprudence de la Cour de Hongrie sera probablement très bien accueillie par les pays civilistes 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 leurs principes nationaux pour interpréter la *Convention*.

¹³² F. Leduc, «La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ?» J.C.P. 1992.I.3631.

¹³³ C'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 (voir 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).

¹³⁴ Voir : Cass. com., 2 novembre 1993, *supra* note 105 ; Cass. com., 30 novembre 1993, (1994) 2 Cont. Conc. & Consom. 22.

¹³⁵ Pour un dernier arrêt en matière de clause de prix de marché, voir Paris, 28 juin 1993, *supra* note 125.

¹³⁶ Voir : Cass. com., 16 février 1993, *supra* note 126 ; Cass. com., 2 novembre 1993, *supra* note 105 ; Cass. com., 1 juin 1993, J.C.P. 1994.EdG.I.310 ; Paris, 8 décembre 1993, D.1994.IR.37 ; Paris, 28 juin 1993, *ibid*.

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 suprême de Hongrie, des articles 14 et 55. Cependant, l'interprétation de l'article 55 reste flou 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. Si le *statu quo* demeure, l'un des articles ou les deux articles seront systématiquement évincés par la pratique. La *Convention* risque donc de rester lettre morte sur ce point.

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 représenter pour les parties. La première jurisprudence a confirmé ce manque de sécurité.

Lors de l'adoption de la *Convention*, le droit international et la *lex mercatoria* n'avaient pas encore une autonomie suffisante pour faire naître un droit *sui generis*, indépendant des États qui le négociaient. Néanmoins, la *Convention* représentait un pas significatif et nécessaire vers l'harmonisation¹³⁷.

Cette harmonisation se poursuit aujourd'hui sous l'égide d'Unidroit. L'institut vient d'adopter des principes généraux de contrats de commerce internationaux¹³⁸ et essaie d'éviter l'écueil de la *Convention*. Unidroit a opté pour une solution pragmatique en droit international : le prix n'est plus désormais un élément essentiel du contrat et il peut être fixé après la conclusion du contrat sur le modèle américain des contrats «*open price*»¹³⁹. De même, afin d'éviter toute difficulté d'application, et reconnaissant la nécessité d'une interprétation uniforme et détachée des droits nationaux, les principes d'Unidroit s'adressent plus aux arbitres qu'aux juges natio-

¹³⁷ Voir Bianca et Bonell, *supra* note 4 à la p. 14.

¹³⁸ Voir Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994.

¹³⁹ Article 5.7 Unidroit

(1) Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable.

(2) 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.

(3) Lorsqu'un tiers chargé de la fixation du prix ne peut ou ne veut le faire, il est fixé un prix raisonnable.

(4) 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 (*ibid.* à la p. 253).

naux. Malgré leur caractère obligatoire, les principes généraux risquent, dans un avenir proche, de supplanter la *Convention*.
