

Le Nouveau Code Civil opte (dans son article 3.4.2.2. alinéa 1) en accord avec la jurisprudence dominante⁽¹³⁶⁾ en ce qui concerne la transmission des biens pour le système dit causal, ce qui signifie qu'aucune transmission ne peut avoir lieu sans titre valable. En ce qui concerne le droit des brevets, la Cour de Cassation a déjà estimé le système abstrait applicable en faisant appel à l'historique de la loi, mais cette jurisprudence a été critiquée et doit sans doute être actuellement considérée comme vieillie⁽¹³⁷⁾.

En ce qui concerne la concurrence illicite et l'effet dit supplétif du droit commun sur la législation en matière de propriété industrielle, on se rapportera aux articles modifiés concernant la responsabilité extra-contractuelle, en particulier à l'article 6.3.1.1. qui donne, dans son second alinéa une description du concept d'«acte illicite», et où l'on a cherché des points de référence avec la jurisprudence de la Cour de Cassation et avec le droit étranger⁽¹³⁸⁾. Ici non plus, on ne peut faire état de modifications de fond par rapport à l'article 1401 du Code Civil (en vigueur). La réglementation actuelle en matière de publicité trompeuse (articles 1416a à c du Code Civil) sera, en son temps, reprise intégralement dans le Nouveau Code Civil (articles 6.3.4.1.-6.3.4.3.).

(136) Voyez entre autres HR 5 mai 1950, N.J. 1951, 1, note D.J.V. (Danhof/Etar).

(137) HR 28 avril 1939, N.J. 1939, 866, note E.M.M. (Vonk-Kamp). A propos de cette jurisprudence, consultez A. VAN OREN, *op. cit.*, p. 374.

(138) Comparez, Mémoire Explicatif, troisième partie (Livre VI), Den Haag, 1961, p. 644 (à l'article 6.3.1.1.).

**LA TIERCE DÉCISION OBLIGATOIRE
OU L'AVIS OBLIGATOIRE
COMME MOYEN DE PRÉVENTION DES LITIGES
UNE ÉTUDE COMPARATIVE
DES LIMITES ENTRE LE DROIT DES CONTRATS
ET LE DROIT DE LA PROCÉDURE (*)**

PAR

M. STORME

Professeur ordinaire à la Faculté
de droit de l'Université de Gand,

Avocat à Gand

INTRODUCTION : LA TIERCE DÉCISION OBLIGATOIRE

1. Le Comte Demidoff de Paris avait envoyé son cheval Paradox à Bruxelles en vue de participer au concours hippique de 1833. Le règlement prévoyait que le jury trancherait les litiges pouvant surgir entre les participants.

Le premier prix fut décerné au cheval Paradox et son propriétaire reçut la coupe ; il s'avéra ultérieurement, pour diverses raisons, que ce prix avait été attribué à tort ; aussi, le jury décida que la coupe devait être restituée, ce qui n'eut pas lieu. L'affaire fut portée devant le tribunal et en degré d'appel la cour déclara :

«Attendu que le Comte Demidoff, en faisant inscrire son cheval pour le concours qui allait s'ouvrir, a dû nécessairement se soumettre à toutes les conditions imposées par les règlements arrêtés et publiés à ce sujet, et qu'ainsi il a contracté l'obligation d'obéir aux décisions du jury

(*) Je remercie le professeur J. RONSE et Monsieur A. BOENNE de l'information qu'ils ont bien voulu mettre à ma disposition lors de la préparation de ce rapport qui a été présenté à la Journée d'étude du Centre belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international (CEPANI) du 10 octobre 1984.

institué pour décerner les prix et décider les contestations qui auraient pu s'élever quant à leur remise ;

Attendu que la décision du jury a définitivement déclaré vainqueur le cheval de l'intimé Hotton, et qu'ainsi l'appelant, Comte Demidoff, se trouve sans titre pour retenir le prix, et ne peut se refuser à la restitution» (1) ;

La prévention des litiges constitue le thème du colloque du CEPANI en 1984.

Dans le cadre de la prévention des litiges, la solution des différends et des litiges peut être envisagée de «manière externe», sans avoir recours, cependant, aux tribunaux ou à un tribunal arbitral.

Eu égard à la problématique judiciaire actuelle qui concerne principalement l'accès à la justice et l'arrière judiciaire — problématique au sujet de laquelle tout a déjà été dit mais qui a reçu si peu de solutions positives — il paraît opportun de choisir d'autres voies et notamment d'examiner si des solutions parajudiciaires peuvent être proposées.

Une de ces solutions parajudiciaires consisterait à faire trancher, en cas de discorde sensu lato entre parties, le différend de manière contractuelle obligatoire par un tiers impartial. Cela signifie que l'on se situe au plan du droit matériel en lieu et place de celui du droit judiciaire.

2. La pratique démontre la nécessité manifeste d'une institution juridique autonome, qui permet que des tiers prennent des décisions qui lient les parties qui se trouvent l'une en face de l'autre dans un rapport juridique déterminé, qu'il soit contractuel ou autre.

Les termes «en face» ne visent pas nécessairement un litige existant. En effet, il peut s'agir d'une incertitude — actuelle ou future —, d'un différend, d'une contestation ou encore d'un litige.

Il n'est pas toujours aisé de distinguer les notions précitées. Le législateur n'a, au demeurant, pas toujours été précis en cette matière.

De façon plutôt intuitive que scientifique, je préconiserais que seuls les litiges peuvent être soumis à un juge ou à un arbitre. En vertu de l'article 1676 du Code judiciaire, seuls les différends nés d'un rapport de droit déterminé peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage. Quoique non expressément prévue, cette règle joue, mutatis mutandis à l'égard du juge ordinaire (Voy. l'art. 18 du Code judiciaire).

(1) Bruxelles, 30 juin 1834, *Pas.*, 1834, II, 161.

En revanche, toute incertitude, tout différend, toute contestation, voire tout litige, peuvent donner lieu à une décision par un tiers.

A cet effet, les parties peuvent insérer une clause dans une convention ou dans une disposition statutaire, et ce, avant même qu'il ne soit question d'une contestation quelconque (2).

Il y a contestation à partir du moment où les parties ont un avis divergent ou peuvent avoir un avis divergent, sont incertaines au sujet d'un point déterminé, ou souhaitent simplement un complément ou une interprétation ou encore une constatation en droit ou en fait.

Contrairement au contrat, le litige est un conflit de volontés : une des parties propose ce que l'autre partie refuse. C'est la raison pour laquelle elles ont recours (actio) au juge ; celui-ci n'intervient plus pour déclarer, pour contester ou pour concilier. Il peut uniquement trancher le litige.

3. L'intervention d'un tiers peut avoir lieu à l'occasion d'un rapport contractuel, à l'intérieur duquel les parties souhaitent une interprétation voire un complément. Dans les contrats à long terme, dans un contrat de société, dans des conventions en matière de technologie de pointe où il ne peut pas être tenu compte des évolutions extrêmement rapides, dans les contrats-cadres, dans les contrats commerciaux internationaux, ..., un «aménagement» qui, pour certains motifs, ne peut pas être effectué par les parties au contrat elles-mêmes, peut toujours s'avérer nécessaire (3).

(2) MAEYENS, L., *Juridische aspecten van het familiebedrijf*, p. 205 ; — CONTRA: RONSE, J., *Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen* (1968-1977), *T.P.R.*, 1978, n° 220, p. 833-834. Ce dernier auteur m'a cependant communiqué qu'il a changé d'avis sur ce point, et ce, à la lumière de la pratique.

(3) Ceci va donc plus loin que les clauses de hardship traditionnelles qui, en cas de circonstances imprévues, prévoient une autre solution que la résiliation du contrat ou un aboutissement imprévu et déraisonnable du contrat pour une des parties au contrat. Pareille clause peut disposer comme suit : «If during the duration of the Contract a situation arises which is beyond the reasonable anticipation or control of either Party and which results in a material disadvantage to one Party, the Parties will endeavor in good faith to renegotiate the terms of this Contract to the end that this Contract shall operate between the Parties with fairness». A défaut de pareille clause dans le contrat, le juge belge n'a pas le pouvoir d'adapter ou de modifier les dispositions contractuelles et ce, contrairement à d'autres pays où le juge dispose de ce pouvoir : SCHRITTHOFER, Cl. M., *Hardship and Intervener Clauses, The Journal of Business Law*, 1980, 82 et suiv.

Il convient de souligner que l'intervention obligatoire d'un tiers peut également être utile et nécessaire en dehors de tout rapport contractuel. Ceci vaut pour la constatation de faits, pour l'évaluation économique et pour l'évaluation d'intérêts. A ce sujet, on songe par exemple à l'obligation alimentaire entre époux ou entre parents et enfants, où l'obligation et l'ampleur de l'alimentation peuvent être déterminées par un tiers⁽⁴⁾.

On peut également songer à la constatation de la cause d'un sinistre, ou à la détermination de l'ampleur du dommage, ou encore à l'interprétation obligatoire d'un testament.

En effet, dans ces cas et dans d'autres hypothèses, l'intervention de juges ou d'arbitres paraît soit inopportune, soit impossible.

Ainsi, il peut paraître inopportun que des litiges familiaux soient résolus par un tiers, qui doit rendre une sentence soit comme juge soit comme arbitre.

De même, il se peut que cette solution ne soit pas davantage souhaitable parce que les parties ne souhaitent pas une véritable procédure — qu'elle soit ordinaire ou arbitrale — et préfèrent plutôt une décision rapide et obligatoire.

Il se peut également que les juges ou arbitres ne soient pas compétents pour intervenir en la matière.

Ainsi, hormis le champ d'application assez limité de l'article 18 du Code judiciaire⁽⁵⁾, les juges ne sont pas autorisés à faire des constatations en dehors de tout litige. Il va de soi qu'ils ne sont pas davantage autorisés à déterminer la politique à suivre par les parties.

Par ailleurs, jusqu'à présent, il n'est pas possible pour les arbitres d'intervenir dans des litiges qui concernent les pouvoirs publics (art. 1676 du Code judiciaire).

4. Le besoin de pareille institution juridique a toujours existé et le droit belge y est également subvenu.

En effet, — hormis l'arrêt de 1834 précité — on relèvera un ancien jugement du tribunal de première instance d'Arton du 13 janvier 1870

(4) Sanders ne partage pas cette opinion : *Aanvasting van arbitrale vonnissen*, Leiden, 1940/45, p. 29 ; toutefois W. C. L. Van der Grinten est, à juste titre, d'avis que des juges privés peuvent intervenir en cette matière : *Particuliere rechtspraak*, dans *Rechtspleging*, Deventer, 1974, p. 57, en particulier p. 62.

(5) Voy. à ce sujet : FITTWIS, A., KOHN, A., et de LEVAL, G., *Éléments de la procédure civile*, partie I, 1983, n° 33 et suiv. p. 25-26.

concernant « une convention par laquelle les parties remettent un pouvoir absolu aux trois experts pour vérifier l'état des lieux et décider tous les articles où il se trouverait des réclamations, s'engageant à tenir bon tout ce que les experts décideront, à renoncer à tout appel devant les tribunaux... »⁽⁶⁾. Ce jugement précisait qu'il ne s'agissait ni d'un compromis arbitral, ni d'une simple expertise, mais d'une « convention expresse spéciale », en vertu de laquelle les constatations qui avaient été faites ne pourraient plus être contestées « en l'absence de tout indice de dol, de fraude ou d'erreur évidente et palpable ».

Quelques années après, le tribunal d'Anvers fait également état d'une « convention sui generis » dans une affaire semblable⁽⁷⁾.

Il résulte clairement de ce qui précède que cette institution juridique particulière a déjà été expérimentée au dix-neuvième siècle⁽⁸⁾.

5. Hormis les raisons indiquées d'un besoin existant depuis longtemps, on peut considérer aujourd'hui que l'arrière judiciaire et la politisation de la magistrature constituent des données actuelles qui font ressentir avec plus d'acuité encore le besoin d'une institution d'hommes de confiance professionnelle, pouvant offrir, de manière rapide et efficace, aux parties en cas de nécessité une décision obligatoire.

Ce besoin a pu être rencontré par le biais de constructions juridiques qui ont été créées par le doctrine (Voy. infra n° 42 et suiv.), grâce aux cas d'application que la jurisprudence a plus ou moins coordonnés en pointillé, ce qui permet de percevoir l'existence de cette institution juridique particulière (Voy. infra n° 52), et enfin grâce à l'apport créatif de la pratique juridique qui a conçu des formules visant à satisfaire aux besoins existants.

6. Cette pratique juridique est illustrée à l'aide d'un certain nombre d'exemples.

Quoique souvent libellée de manière négligente et peu précise, force est de constater que la tierce décision a essentiellement été construite par la pratique juridique au niveau de ce qu'on appelle les expertises médicales amiables portant description des dommages corporels et du degré d'invalidité ou dans le cadre de l'expertise contradictoire classique en matière d'accidents de voiture.

(6) *Pas*, 1871, II, 354.

(7) *Trib. Anvers*, 12 juillet 1883, *Pas.*, 1884, III, 229.

(8) Voy. également : *Trib. Tournai*, 24 février 1914, *Pas.*, 1914, III, 208.

Constitue également un exemple traditionnel, la désignation d'un tiers chargé d'établir de manière obligatoire pour les parties un état des lieux ainsi qu'une évaluation des réparations locatives à la fin du bail⁽⁹⁾, ou en cas de difficulté dans un immeuble à appartements multiples⁽¹⁰⁾.

Les conventions qui portent qu'en cas «de divergence d'opinion, la décision d'un expert désigné par les deux parties est obligatoire»⁽¹¹⁾ se réfèrent sans aucun doute à l'institution juridique autonome faisant l'objet de la présente étude. Il en est de même en ce qui concerne la convention dont question ci-après qui reprend cependant clairement l'avis de De Page (V, n° 364, p. 366) (Voy. à ce sujet infra n° 47) afin d'éviter des contestations inutiles : «Les parties donnent mandat irrévocable à X, de se substituer aux parties soussignées pour agir juridiquement en leur lieu et place, l'une à l'égard de l'autre et réciproquement et de constater au nom commun des deux parties si la livraison conforme a été effectuée».

Dans une société commerciale composée de deux groupes disposant d'un droit de vote égal, les statuts prévoyaient que pour les points importants les décisions devaient être prises à l'unanimité des voix par le collège des gérants. Lorsque des difficultés surgirent, il fut convenu ce qui suit :

(9) Voy. nonobstant le libelle confus et erroné : PAUWELS, A., et RAES, A., *Manuel permanent des baux à loyer et des baux commerciaux*, 1976, Modèle, n° 535.

(10) Le règlement dont question ci-après fait l'objet de l'ouvrage de F. ABBY, *La propriété des appartements*, Bruxelles, 1983, p. 615 : «Toutes contestations auxquelles donne lieu l'exécution ou l'interprétation des clauses de la charte de l'immeuble, sont tranchées par un arbitre désigné de commun accord ou, à défaut d'accord, par le président du tribunal de première instance de... à la requête de la partie la plus diligente».

Il doit rendre sa sentence dans les quarante jours de sa désignation, sous peine d'être déchû de ses fonctions, sans indemnité. Ce délai ne peut, en aucune façon, être prolongé.

Sa sentence est définitive, non susceptible d'appel, de pourvoi en cassation, ni de requête civile. La contribution aux frais d'arbitrage est réglée par l'arbitre. L'assemblée générale peut supprimer la présente clause compromissorie, à la majorité des deux tiers des voix». Cette clause est qualifiée à tort d'arbitrage.

(11) Parfois il est question de «Binding recommendations» ou d'un «avis de l'expert, qui lie les parties» : Voy. le rapport de M. A. Flamme à la journée d'étude du CEPANI du 10 octobre 1984.

«Lorsqu'aucune décision unanime ne peut être atteinte quand cela est nécessaire, le projet de décision qui a été approuvé par une majorité est transmis pour avis obligatoire aux hommes de confiance, nommés par le Règlement qui est établi conformément aux statuts et qui décident selon les modalités prévues par le Règlement considéré».

L'approbation ou la désapprobation du projet de décision par les hommes de confiance est obligatoire conformément à l'application de l'article 1854, al. 1 et 2 du Code civil concernant la fixation des droits et obligations des associés par un tiers, de sorte que la décision des hommes de confiance ne peut être attaquée qu'endéans un délai de trois mois, et uniquement si leur décision est évidemment contraire à l'équité».

En l'espèce, il s'agit véritablement d'une formulation appropriée de la tierce décision par les hommes de confiance.

Dans un autre cas, les parties soussignaient une feuille vierge sur laquelle un tiers pouvait inscrire sa décision obligatoire ; cependant par mesure de sécurité les parties avaient préalablement prévu contractuellement qu'elles remettraient à un tiers une feuille vierge soussignée par eux et ce, en vue de la fixation de leurs droits et obligations réciproques.

Enfin, il y a lieu de relever une formulation assez étonnante de la chambre francophone du Comité d'Etudes et de Législation de la Fédération des Notaires, qui avait été invitée à fournir une interprétation concernant un testament, à laquelle les parties se rangeraient. C'est à tort que la demande considérée a été qualifiée d'une demande d'arbitrage, cependant plus loin dans le texte il est question que «le Comité d'Etudes et de Législation à l'avis duquel les parties ont décidé de se ranger»⁽¹²⁾. Il s'agit en l'espèce d'une version française assez unique de ce que les hollandais appellent «bindend advies» : «se ranger à l'avis».

7. Il y a plus. Le Code civil connaît déjà cette institution juridique particulière, que l'article 1854 du Code civil traduit peut-être avec le plus de clarté :

«Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité».

(12) Dossier n° 1806, FBN, 80-228.

Nulla réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution».

Comme le rappelle Ronse⁽¹³⁾, cet article provient directement de Domat, qui, se référant au droit romain⁽¹⁴⁾, le libellait comme suit :

« Dans les conventions où il faut faire quelque estimation, comme du prix d'une vente, de la valeur d'un loyer, de la qualité d'un ouvrage, des portions de gain ou de perte que doivent avoir les associés, et d'autres semblables, si les contractants s'en rapportent à ce qui sera arbitré par une tierce personne, soit qu'on la nomme ou non ; ou même à l'arbitrage de la partie, il en est de même que si on s'était remis à ce qui serait réglé par des personnes de probité, et qui s'y conussent. Et ce qui sera arbitré contre cette règle n'aura pas lieu ; parce que l'intention de ceux qui se rapportent à ces sortes de choses à d'autres personnes, renferme la condition, que ce qui sera réglé sera raisonnable ; et leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être au-delà des bornes de la raison et de l'équité⁽¹⁵⁾ ».

8. En conclusion, je souhaiterais souligner l'existence en Belgique, depuis longtemps et de manière évidente, d'une institution juridique qui, de manière à rencontrer les besoins existants, permet de donner le pouvoir à des tiers de rendre une décision qui lie les parties.

Cette institution juridique n'est pas comparable à d'autres institutions existant dans notre droit. Elle existe, mais jusqu'à présent elle est généralement demeurée inconnue. On pourrait la qualifier de « tierce décision obligatoire » (bindende derden-beslissing).

Par ailleurs, une étude comparative d'institutions juridiques analogues existant à l'étranger apparaît également appropriée.

Aussi, nous avons estimé qu'une analyse de l'« arbitro libero » italien, du modèle « régulateur de contrat » de la CCI ainsi que du « bindend advies » des Pays-Bas serait utile. Il ressortira de cette analyse que l'institution belge s'apparente le plus au « bindend advies » des Pays-Bas ; c'est la raison pour laquelle nous comparerons l'institution juridique belge à l'institution hollandaise.

(13) *Marghinale toetsing in het privaatrecht*, T.P.R., 1977, 207 et suiv., en part. 214.

(14) *D.*, 17.2.79 : « Si arbitrium ita primum est, ut manifestas iniquitas eius apparuit ».

(15) *Les lois civiles*, Livre I, Titre I, Section III, § XI.

ARBITRATO IRRITUALE (*)

9. Depuis longtemps, on se penche sur la véritable nature de l'arbitrage : contractuelle ou juridictionnelle. René David soutenait que ces controverses ne peuvent être expliquées que par « des accidents de l'histoire »⁽¹⁶⁾. De nos jours, il est communément admis que l'arbitrage est une institution autonome⁽¹⁷⁾.

En revanche, l'institution italienne de l'arbitrato irrituale se situe précisément dans le domaine du droit des contrats, comme il sera démontré ci-après.

Cet institution est à ce point intéressante qu'elle mérite une analyse approfondie dans le cadre d'une journée d'étude relative à la prévention des litiges. Je n'aborderai pas les deux autres institutions auxquelles le droit italien confère quelque signification semblable, à savoir : l'arbitragio et la perizia contrattuale⁽¹⁸⁾.

10. Alors que l'arbitrato rituale signifie que les parties souhaitent une activité juridictionnelle de la part de l'arbitre (ou des arbitres), qui doit aboutir à une sentence qui reçoit l'autorité de la chose jugée, l'arbitrato irrituale ou libero a uniquement une signification contractuelle, et ce, dans la mesure où les parties entendent régler leur litige au moyen d'une décision sous la forme d'un contrat.

Ce type d'arbitrage trouve son origine dans le Codice civile italiano et plus précisément dans l'autonomie de volonté des parties telle que décrite à l'article 1322 du C.c.it. : « Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché

(*) Il autore di questa contribuzione ringrazia le due colleghi G. Bernini e F. Carpi per le informazioni più pratiche. Voy. G. BERNINI, *Italie*, dans *Yearbook Commercial Arbitration*, VI, p. 24 et suiv. ; — F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, Riv. Trim. dir. a proc. civ., 1984, p. 47 et suiv. Voy. également : R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, en particulier p. 77-188 ; — G. BERNINI, *La legge internazionale*, sous presse ; — COLLINA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, 1978 ; — VASSETTI, *Arbitrato irrituale in Novissimo digesto italiano*, 1958, vol. I ; — F. CARPI, V. COLESANTI, M. TARUFFO, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Padova, 1984, p. 1028 et suiv.).

(16) R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982.

(17) M. HUYB et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, 1981, n° 32, p. 36-37.

(18) Voy. à ce sujet en particulier R. VECCHIONE, *o.c.*, n° 32 et suiv., p. 103 et suiv.

siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

La décision de l'arbitre (ou des arbitres) a, dans ce cas, force obligatoire pour les parties ; toutefois, il va de soi qu'elle n'est pas exécutoire comme une décision judiciaire ou arbitrale. En effet, pour l'exécution, il faut, selon les modalités habituelles, faire appel à un tribunal ; dans des circonstances particulières, on peut même demander une décision sommaire (decreto ingiuntivo).

11. L'arbitrato irrituale ne doit pas être constaté par écrit ad solennitatem, à l'exception cependant des arbitrages relatifs à des biens immeubles. Il est bien entendu qu'un écrit est souhaitable ad probationem.

En Italie, il arrive assez fréquemment que tout se passe au moyen d'un bianco segno. Les parties remettent à l'arbitre (ou aux arbitres) une feuille vierge qui porte leur signature, étant entendu qu'elle charge l'arbitre d'inscrire sa décision sur cette feuille⁽¹⁹⁾.

La clause d'arbitrage en matière d'arbitrato irrituale peut être libellée comme suit :

«Toute contestation concernant le présent contrat — en ce compris la validité, l'exécution, la rupture — sera tranchée par un (ou trois) arbitre(s) qui seront désignés conformément aux règles de l'Associazione Italiana per l'Arbitrato connue par les parties et qui jugeront conformément à ces mêmes règles. L'arbitre jugera en équité (*) (ou conformément aux règles du droit) in via irrituale ; dés-à-présent sa décision est reconnue par les parties comme étant l'expression de leur propre accord de volonté contractuelle»⁽²⁰⁾.

12. En ce qui concerne la capacité des parties ainsi que les droits dont elles peuvent disposer, les mêmes règles s'appliquent, qu'il s'agisse d'arbitrato rituale ou d'arbitrato irrituale.

13. Les arbitres doivent être désignés par les deux parties ; toutefois ils peuvent siéger en nombre pair.

Avant la loi du 9 février 1983 (voy. infra, n° 18) les arbitres devaient avoir la nationalité italienne ; cette condition n'a jamais été d'application en matière d'arbitrato irrituale.

(19) Pour une application, voy. Cass. Turin, 1^{er} juillet 1905, *Par.* 1906, IV, 68.

(*) Ceci est la règle sauf convention expresse contraire.

(20) Voy. G. BERNINI, *o.c.*, Yearbook, p. 32.

14. En ce qui concerne les règles de la procédure, il était admis qu'elles pouvaient être moins rigoureuses en matière d'arbitrato irrituale ; cependant la Cour de Cassation a décidé que le caractère contradictoire devait également être respecté en matière d'arbitrato irrituale⁽²¹⁾.

En tout état de cause, les règles spécifiques du droit italien de la procédure ne doivent être appliquées en cas d'arbitrato irrituale que dans la mesure où l'on se réfère expressément à ces règles.

15. Contrairement à l'arbitrato rituale, où la sentence arbitrale doit en principe être rendue endéans les 90 jours après l'acceptation de la mission d'arbitre, aucun délai n'est prévu en matière d'arbitrato irrituale. Ce délai peut évidemment être convenu par les parties.

La décision en matière d'arbitrato irrituale (lodo irrituale ou sentenza arbitrale irrituale) ne doit pas être déposée auprès du Pretore, comme cela était prévu sous peine de nullité endéans un délai de cinq jours pour les décisions relevant de l'arbitrato rituale. La loi du 9 février 1983 a abrogé cette dernière obligation (voy. infra n° 18).

La décision, qui au demeurant ne doit pas être motivée, doit uniquement être communiquée aux parties.

16. Sans vouloir aborder les graves controverses qui existent en Italie au sujet de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire des décisions arbitrales rituelles — ces problèmes ont également été abordés par la loi du 9 février 1983 — il y a lieu d'observer qu'en matière d'arbitrato irrituale il ne peut y avoir ni autorité de la chose jugée, ni force exécutoire.

Après la décision, la partie qui souhaite en obtenir exécution doit s'adresser au juge en vue de faire respecter l'obligation contractuelle par la partie qui omet d'exécuter volontairement. En vertu d'une jurisprudence constante le juge ne se saisit cependant pas à nouveau de l'affaire.

17. Enfin, il est possible d'attaquer la décision d'un arbitrato irrituale devant les tribunaux ordinaires et ce, sur base des mêmes causes que celles autorisant la demande en rupture d'un contrat.

18. Il est clair que l'arbitrage libre en Italie trouve son origine dans les besoins de la pratique et est basé sur l'autonomie de la volonté contractuelle des parties.

De plus, l'objectif était de contourner un certain nombre de difficultés inhérentes à l'arbitrato rituale italien à savoir notamment :

(21) Cass. it., 8 février 1964, n° 298.

l'obligation de déposer la sentence, l'absence de l'autorité de la chose jugée, l'obligation pour les arbitres d'avoir la nationalité italienne, ...

Il n'est pas étonnant que certains observateurs estiment que *l'arbitrato irrituale* constitue 70 à 80% des arbitrages.

On peut cependant s'attendre à des modifications fondamentales, en raison d'une part de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui tend de plus en plus à traiter sur pied d'égalité *l'arbitrato irrituale* et *l'arbitrato rituale* (22) et d'autre part eu égard à la loi du 9 février 1983 précitée (Voy. supra n° 13, 15 et 16).

En effet, depuis l'entrée en vigueur de cette loi des étrangers peuvent être des arbitres en Italie, la sentence ne doit plus être rendue endéans un délai légal, le dépôt de la sentence n'est plus obligatoire sauf lorsqu'une exécution forcée doit être demandée en Italie, au moment de la signature la sentence reçoit *l'efficacia vincolante*, la sentence ne doit pas recevoir préalablement l'exequatur en Italie afin de pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée à l'étranger, ...

Après cette intervention du législateur (23), la question se posera à nouveau de savoir en Italie quelle est la nature réelle de l'arbitrage ; toutefois, cette question sort du cadre du présent colloque.

Il me semble que *l'arbitrato irrituale* est, en soi, une institution intéressante qui peut sans aucun doute contribuer à la prévention des litiges et qui présente des analogies frappantes avec le « *birindend advies* » aux Pays-Bas.

LE RÉGULATEUR DE CONTRATS

19. En juin 1978 une Chambre internationale de Commerce à savoir la *Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.)* à Paris a élaboré un règlement pour la régulation des relations contractuelles.

En effet, à côté des contrats de vente internationaux, il existe nombre de contrats à long terme qui, au départ, ne peuvent jamais tenir compte de toutes les évolutions qui sont propres aux contrats à long terme, à savoir : l'inflation, le prix des matières premières, les aléas politiques et socio-économiques, l'évolution de la technologie et des méthodes de fabrication, les modifications du seuil de rentabilité, ...

(22) Voy. supra n° 14 : — voy. également Cass. it., 18 septembre 1978, n° 4167, *Foro it.* 1978, I, c. 4342 : en vertu de cet arrêt le *lodo irrituale* tomberait également sous le champ d'application de la Convention de New York.
(23) Voy. à ce sujet : F. CARRI, o.c.

Partant de cette constatation, il s'agissait de trouver des mécanismes susceptibles de permettre une adaptation des relations contractuelles à un environnement nouveau et ce, de manière à éviter la rupture d'un contrat dont l'exécution correspond à l'intérêt commun des parties.

20. Un certain nombre d'hypothèses ont été envisagées à cette occasion ; elles peuvent servir d'illustration à l'occasion de l'application des procédures proposées.

a) Lorsque les parties ont différé, pour une raison ou pour une autre, lors de la signature du contrat, l'insertion de telle ou telle clause. Dans ce cas, le tiers auquel il est recouru a pour mission de compléter l'accord initial. C'est le cas notamment lorsque les contractants ne disposent pas au moment de la conclusion du contrat d'informations suffisantes sur tel détail technique ou tel paramètre dont dépend la fixation du prix. Le moment venu, le tiers complètera la convention qui a été conclue, de sorte que celle-ci puisse produire tous ses effets.

b) Lorsque les parties ont stipulé dans le contrat une clause destinée à permettre une adaptation de leur contrat au changement de circonstances susceptibles de briser l'équilibre de leur accord. Dans ce cas, le tiers doit remédier à une absence d'accord des parties sur le principe ou l'étendue de la modification à apporter au contrat.

c) Lorsque des désaccords naissent entre les participants à une entreprise commune. Dans cette hypothèse, le tiers pourra contribuer à dissiper les divergences entre les partenaires qui sont désireux de maintenir leur coopération. En effet, ces divergences peuvent fort bien ne constituer qu'un désaccord momentané entre les parties sans qu'elles ne mettent cependant en péril leur future collaboration en vue de la réalisation de l'objectif commun.

Ainsi, par exemple, cette situation peut se présenter dans le cadre d'une entreprise lorsque les deux détenteurs d'une fraction égale du capital social s'opposent sur un choix de gestion et qu'il s'ensuit un blocage du fonctionnement de l'entreprise. Dans ce dernier cas, l'intervention d'un tiers peut remédier à la paralysie de l'entreprise par la prise d'une décision acceptable pour tous les partenaires et permettant à l'entreprise de fonctionner à nouveau.

21. La mise en place de l'institution par la CCI à Paris répond à une double justification.

a) Une justification d'ordre juridique d'abord. En effet, la CCI à Paris était consciente du fait que le système juridique applicable dans

Les contrats internationaux pourraient éventuellement constituer un obstacle au recours à l'arbitrage dans les circonstances décrites ci-avant. En effet, certaines législations en matière d'arbitrage sont conçues de telle manière qu'il ne peut y avoir d'arbitrage au sujet de relations contractuelles ne faisant pas l'objet d'un litige. Aussi, on a voulu montrer clairement qu'il s'agit en l'espèce d'un règlement contractuel qui s'insère dans le contrat et fait la loi des parties.

b) Une justification d'ordre pratique ensuite et ce, en ce que l'institution juridique proposée permet une solution plus rapide que la procédure arbitrale ; en effet, en raison de la procédure et des délais, cette dernière n'est pas en mesure d'offrir la même efficacité que l'institution régulatrice de contrats.

22. La clause de base proposée et qui doit aboutir à une recommandation ou à une décision par un tiers, est libellée comme suit :

«Au cas où les parties ne pourraient appliquer d'un commun accord la ou les clause(s) prévue(s) à l'article ... du présent contrat (ou tout autre libellé, au choix des parties, selon les caractéristiques du contrat).

... elles saisiront le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), afin qu'un tiers, nommé conformément aux dispositions du règlement de régulation des relations contractuelles de la CCI et conduisant sa mission selon les modalités de ce règlement, formule une recommandation ou prenne en leur nom une décision qui s'imposera à elles au même titre que le présent contrat.»

Le règlement dont question est publié en annexe I.

Il ressort des informations recueillies que depuis 1978 aucune demande n'a encore été adressée au Comité permanent en application du règlement considéré, et ce en vue de la désignation d'un tiers (Lettre de la CCI du 4 septembre 1984 adressée à l'auteur du présent article).

23. Nombre d'autres institutions qui méritent d'être citées ont vu le jour dans la pratique juridique internationale⁽²⁴⁾.

A ce sujet, il y a lieu de songer également aux *clauses de hardship* avec désignation d'un *third-party intervenor*⁽²⁵⁾, la procédure de conciliation décrite dans les Règles de Conciliation de 1980 de la

(24) Voy. à ce sujet l'ouvrage sous presse de N. Horn, *Adaptation and renegotiation*

of contracts in international trade and finance, Kluwer, Deventer.
(25) SCHMITZHOFF, Cl. M., *o.c.*

CNUDCI⁽²⁶⁾, l'intervention de l'ingénieur en application de la FEDIC (Fédération internationale des ingénieurs conseils) *Conditions of contract for work of Civil Engineering*⁽²⁷⁾ et tant d'autres constructions juridiques qui trouvent leur origine dans les pratiques commerciales internationales.

L'AVIS OBLIGATOIRE EN DROIT HOLLANDAIS

24. Les termes «bindend advies» (avis obligatoire) désignent, en droit hollandais, une institution juridique qui trouve son origine dans le paragraphe 50 des Prescriptions Générales 1892 du Département des Eaux.

En vue de contourner précisément le problème de l'arbitrage avec les entités étatiques, ces dispositions prévoyaient que l'entrepreneur qui n'était pas satisfait de la décision du Ministre concernant le litige à trancher, pouvait solliciter l'avis d'une commission d'experts : «Het advies van die deskundigen zal voor het Rijk en den aannemer bindend zijn». (L'avis de ces experts sera obligatoire pour le Royaume et pour l'entrepreneur)⁽²⁸⁾.

La manière dont cette institution juridique a ensuite pris forme aux Pays-Bas est résumée ci-après. Ce résumé est évidemment incomplet et pas nécessairement conforme aux opinions dominantes en la matière ; il doit plutôt être considéré comme une transcription belge permettant de comparer cette institution juridique à celle qui a vu le jour en Belgique de manière autonome et qui est, pourtant, de toute évidence, analogue⁽²⁹⁾.

(26) EISEMANN, F., *Conciliation as a means of settlement of international business disputes : the UNCITRAL Rules as compared with the ICC System*, in *The Art of Arbitration*, Liber Amicorum Sanders, Deventer 1982, p. 121 et s. ; — HERMANN, G., *Conciliation as a new method of dispute settlement*, dans *New Trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, VII^{ème} Congrès international sur l'Arbitrage, Hambourg, 1982, Deventer, 1983, p. 145 et s.

(27) Dans l'espèce il s'agit à mon avis d'une décision-partie, puisque le tiers est un ingénieur qui est au service du commettant.

(28) VAN ITTENSUM, L. A., *Het bindend advies*, Utrecht, 1927, p. 10 et s.

(29) Pour une analyse détaillée, quoique quelque peu dépassée, voy. : CLAVAREAU, P. J. A., *Erigte hulpovertenkomsten*, Leiden, 1947, en particulier p. 113 et s.

25. En cas d'avis obligatoire les parties souhaitent qu'un tiers, leur fournisse, en dehors de toute forme de procédure arbitrale une décision obligatoire de droit matériel qui les lie.

Nonobstant les divergences d'opinion existant en la matière⁽³⁰⁾, la notion de *décision* me paraît offrir la description la plus large. Cette notion correspond au demeurant mieux à la réalité, et ce dans la mesure où l'avis obligatoire, constitue selon Meijers une *contractio in terminis*⁽³¹⁾.

A l'instar de P. Zonderland⁽³²⁾, d'aucuns opèrent une distinction entre les avis obligatoires purs, où aucun arbitrage ne serait possible, et les avis obligatoires impurs, où l'arbitrage serait possible. Dans le premier cas il n'y a pas de litige à proprement parler, alors que dans le second il y en a un.

26. L'avis doit être rendu par un tiers ; en effet, si une des parties reçoit contractuellement le pouvoir de rendre une décision obligatoire qui lie les parties, il s'agit d'une décision-partie obligatoire⁽³³⁾ et non plus d'un soi-disant avis obligatoire⁽³⁴⁾.

A l'instar de Asser-Rutten, j'assimile la décision d'un organe d'une des parties — par exemple l'organe d'une société — à une décision-partie obligatoire⁽³⁵⁾.

(30) Voy. à ce sujet : *Contractenrecht*, édition à feuilles mobiles, n° 550, IV — 765 et 766.

(31) Art. 1374, 3^e alinéa du Code civil, et le soi-disant *avis obligatoire*, WPNR, 2866 ; *Veramelde Geschriften*, Tome III, p. 131.

(32) Voy. à ce sujet Cremers' *Bouwrecht*, E II, p. 1-2, A.R. 535, p. 225-226.

(33) Asser-Rutten, Tome III, *Verbindingsrecht*, document II : *De overeenkomst en de verbintenissen uit de wet*, 3^e édition, Zwolle, 1968, p. 256.

(34) Au sujet de la notion décision-partie en Belgique, voy. : RONSE, J., *o.c.*, T.P.R., 1977, 211 et s. ainsi que pour un cas d'application : Commerce Bruxelles, 11 juin 1968, *Jurisprudence Commerciale de Belgique*, 1969, 1-411. Depuis la loi du 5 juillet 1978 sur le contrat de travail la clause prévoyant la possibilité d'une décision-partie, en vertu de laquelle une des parties peut imposer une décision obligatoire, est nulle dans pareils contrats (Voy. à ce sujet RAUWS, W., *Misbruik van contractuele rechten : het casusbesluit van 19 september 1983, Jurisprudence Commerciale de Belgique*, 1984, 244, en particulier 253-254 ; au sujet de l'arrêt de la Cour de Cassation précité, voy. également la note M. E. Storme sous Commerce Gent, juin 1984, R.W., 1984-85, 1722).

(35) *O.c.*, l.c. Voy. à titre d'exemple, la *clause dite des présidents de sociétés-mères*, dans le *règlement des différends commerciaux*, Paris, 1984, p. 22-23 ; — Cf. Tribunal Correctionnel Tongeren, 17 septembre 1965, RGAR, 1967, 7825 ; en vertu de cette décision une expertise médicale ne peut pas être confiée à un membre du conseil

27. Il est clair que tout différend, contestation ou litige, en droit ou en fait, peut constituer le point de départ d'un avis obligatoire. En effet, en cas de différend entre les parties, l'avis d'un tiers peut toujours être demandé.

Cependant, l'avis peut également être demandé lorsque les parties ne sont pas encore en litige et qu'elles éprouvent le besoin de résoudre une question, de supprimer une incertitude ou d'interpréter le contrat qu'elles ont conclu.

28. La convention conclue à cet effet par les parties constitue généralement le fondement de l'avis obligatoire ; il s'agit soit d'une clause dans le contrat principal, soit d'une convention séparée visant à désigner celui qui doit rendre l'avis obligatoire.

Il se peut bien entendu également que la qualité d'associé constitue le fondement de l'avis obligatoire et ce, en ce que les statuts ou le règlement d'une association disposent que les litiges seront tranchés par des tiers.

Enfin, il y a lieu d'observer que la convention relative à l'avis obligatoire ne doit pas faire obligatoirement l'objet d'un document écrit⁽³⁶⁾ ; en effet, la clause relative à l'avis obligatoire peut être convenue tacitement ou constituer un usage permanent entre les parties.

Il va de soi que la question de savoir si l'on a voulu se soumettre à un avis obligatoire sera appréciée conformément aux règles du droit des contrats.

29. Le Hoge Raad (Cour suprême aux Pays-bas) a souligné de manière très claire que l'institution de l'avis obligatoire est conforme aux principes de base du système juridique hollandais :

«Geenszins is juist dat bij het zogenaamd bindend advies de partijen de rechter uitschakelen. Immers van een voorbijgaan van de rechter is geen sprake. Waar iedere partij, die een uitspraak op grond van het beeding gegeven, onredelijk of onbillijk acht, voor de rechter het onverbindende van het advies kan staande houden en diens oordeel ter zake kan uitlokken, strekt het beeding enkel om rechtsgevingen te

d'administration de la compagnie d'assurances si l'on veut garantir l'impartialité du tiers désigné.

(36) VAN ROSSUM-CLEVERINGA, *Verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, 4^e édition, Tome II, note 3 à l'article 620, footnote 17.

voorkomen, niet om deze onder alle omstandigheden uit te sluiten, en is het beding niet in strijd met de openbare orde en goede zeden» (11). est totalement erroné de considérer que les parties excluent le juge dans le cadre du soi-disant avis obligatoire. En effet, il ne s'agit pas de négliger le juge. Alors que toute partie qui considère qu'une décision qui est rendue sur base de la clause n'est pas raisonnable ou inéquitable peut soutenir devant le juge que l'avis ne la lie pas et provoquer, sous appréciation en la matière, la clause vise uniquement à prévenir des litiges, non pas en vue d'exclure ceux-ci en toutes circonstances, et n'est, dès lors, pas contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs) (37).

Le pouvoir de convenir d'un avis obligatoire est le même que celui qui est nécessaire pour conclure des conventions en général.

30. Il va de soi que la convention visant à solliciter l'avis obligatoire peut être appréciée quant à sa validité. En effet, les parties doivent avoir convenu préalablement qu'elles acceptent l'avis comme étant obligatoire.

Cette convention préalable devra être examinée au regard des règles générales du droit des contrats.

31. Sauf si les parties se sont mises d'accord dès le départ sur la désignation d'un tiers déterminé, la désignation unilatérale peut bien entendu être attaquée, s'il s'avère que le manque de compétence ou la partialité rendent le tiers inapte à rendre l'avis sollicité.

32. Contrairement à ce qui prévaut en matière d'arbitrage, le nombre de tiers devant rendre un avis obligatoire ne doit pas être impair. Ainsi il peut être souhaitable que chacune des parties désigne un tiers, de sorte que les deux personnes désignées doivent aboutir à un avis unanime, ce qui est de nature à faciliter le rapprochement entre les deux parties. De même, un collège paritaire désigné par les parties peut intervenir comme tiers dans le cadre d'un avis obligatoire.

33. Quant à la forme, l'avis obligatoire est totalement libre. Cependant, il est communément admis que l'avis obligatoire doit être motivé (38). Je suis personnellement d'avis qu'il s'agit là d'un formalisme quelque peu excessif, qui nuit certainement au pragmatisme de l'institution juridique de l'avis obligatoire.

(37) H.R., 11 janvier 1924, *N.J.*, 1924, 293; — voy. également H.R., 24 septembre 1964, *N.J.*, 24 septembre 1964, *N.J.*, 1965, 359; — contra: Heemskerck, W.H., o.c., p. 230.

(38) VAN CREVELD, I., o.c., p. 84 et s.

34. Il convient de souligner qu'il est communément admis que l'avis obligatoire ne peut pas être utilisé en vue de contourner les règles fondamentales du droit de la procédure (39). Il s'agit donc en l'espèce de la limite entre le droit des contrats et le droit de la procédure.

Ainsi, les parties doivent être mises en mesure de faire connaître leur point de vue et de le commenter; il suffit que cette possibilité existe. Dans certains cas il ressortira du contexte que l'avis pouvait être rendu sur base de documents. Il va de soi que ces documents et données doivent être communiqués contradictoirement.

35. L'avis obligatoire qui est rendu par le tiers, interprété ou complète la convention entre les parties, au sujet de laquelle il a été décidé de solliciter l'avis obligatoire. Cet avis constitue donc un élément de la convention principale existante (40).

Il peut évidemment également s'agir d'une convention de constatation autonome, c'est-à-dire une convention de droit matériel en vertu de laquelle une constatation doit être considérée comme exacte, et ce, sur base d'une clause qui a été convenue entre les parties (41). Dans l'espèce la constatation est effectuée par un tiers.

L'avis a donc toujours la force d'une convention conclue entre parties (42).

36. En principe le juge devra considérer la décision qui a été rendue par le tiers comme étant obligatoire (43).

Selon une jurisprudence constante du Hoge Raad, l'avis obligatoire doit cependant être écarté lorsqu'il va à ce point à l'encontre de ce qui est raisonnable et équitable qu'il serait contraire à la bonne foi de considérer que l'autre partie est liée par cet avis («indien het zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat het in strijd zou zijn met de goede trouw de wederpartij daaraan gebonden te willen houden») (44).

(39) VAN CREVELD, I., *Het bindend advies, Opstellen aangeboden aan P. Schooten*, 1932, p. 70 et s. en particulier p. 87.

(40) Cf. Cour d'appel de Paris, 8 mars 1958, *Revue de l'arbitrage*, 1959, 55; «les parties... ont, en réalité chargé un tiers... de fixer un prix comme elles auraient pu le faire elles-mêmes, prix devant s'incorporer à leur convention».

(41) STORBE, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, n° 59, p. 69.

(42) H.R., 11 janvier 1924, *N.J.*, 1924, 293.

(43) *Coops' Grondrechten van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 9^e édition, Zwolle, 1980, p. 342.

(44) Voy. notamment H.R., 29 janvier 1931, *N.J.* 1931, 1317, avec note E.M.M.

En l'espèce, il ne s'agit pas tellement du caractère déraisonnable de l'avis même, pour lequel le tiers pourrait, le cas échéant, être rendu responsable, mais plutôt de la déraison de la partie qui veut conférer un caractère obligatoire à pareille décision déraisonnable du tiers. A ce sujet, il apparaît extrêmement intéressant de signaler l'avis de Varr Rossum-Cleveringa :

« eerst dan kan men aannemen, dat de ene partij in strijd met de goede trouw geraakt, welke zij jegens de andere in acht moet nemen, wanneer zij deze laatste aan het advies wil houden, terwijl zij weet of zonder onderzoek kan weten, dat het bindend advies haar onrechtmatig bevoordeelt; of wanneer zij weet of moet bevoeden, dat dat advies of onredelijke wijze is gevormd, hetzij doordat reeds bij de afspraak ontrent het bindend advies met de wederpartij niet de nodige waarborgen voor een redelijke vorming van een behoorlijk advies zijn getroffen hetzij doordat de onredelijke vorming haar nadien van zelf is kunnen blijken » (on peut seulement considérer qu'une des parties n'agit pas dans le respect de la bonne foi qui est due à l'égard de l'autre partie, lorsqu'elle veut que cette dernière se range à l'avis, alors qu'elle sait ou peut savoir sans examen, que l'avis obligatoire la privilégie de manière illégitime; ou encore lorsqu'elle sait ou devrait savoir que cet avis a été formé de manière déraisonnable, soit que la convention relative à l'avis obligatoire conclue avec le cointercontractant n'offre pas les garanties nécessaires en vue de la formation raisonnable d'un avis correct, soit qu'elle a pu constater ultérieurement, par elle-même, que l'avis a été formé de manière déraisonnable) ⁽⁴⁵⁾.

Cette distinction au niveau de la vérification me paraît par trop spécifique et au demeurant artificielle. En effet, il est clair qu'un avis obligatoire notoirement déraisonnable suffit *per se* pour permettre une vérification par le juge, étant entendu que le juge ne peut intervenir que pour autant que la partie privilégiée s'adresse à lui.

37. Le juge peut bien entendu apprécier l'un ou l'autre aspect et vérifier, si cela s'avère nécessaire. En aucun cas le juge n'intervient en lieu et place du tiers; il n'intervient pas davantage comme une instance supérieure.

Sur ce point, l'avis obligatoire se différencie clairement de l'arbitrage, et ce dans la mesure où l'affaire n'est en aucun cas soustraite au pouvoir judiciaire.

(45) *O.c.*, p. 1314.

Toutefois, on peut uniquement s'adresser au juge *après* que l'avis obligatoire a été rendu, soit pour le faire exécuter, soit pour l'attaquer. Avant ce moment les parties sont liées par la convention relative à l'avis obligatoire — à moins que la validité de cette convention ne soit contestée — et ne peuvent pas s'adresser au juge; dans cette hypothèse, ce dernier devra déclarer la demande irrecevable ⁽⁴⁶⁾.

38. En vue de déterminer quand un avis obligatoire va à l'encontre de la raison et de l'équité, il y a lieu de se référer à la jurisprudence en la matière ⁽⁴⁷⁾.

Tel sera le cas lorsque l'avis est basé sur des données inexactes ou obtenues frauduleusement ou encore lorsqu'il est contraire aux règles d'ordre public ou aux bonnes mœurs.

39. Enfin il se peut que les tiers qui rendent l'avis obligatoire se soient écartés de leur mission, soit en ne répondant pas à toutes les questions, soit en répondant à des questions qui ne leur ont pas été soumises pour avis; il est difficile de répondre d'une manière générale à la question de savoir si cela a pour effet que l'avis n'est plus obligatoire dans son ensemble.

Il est clair que le non-respect de la mission qui a été attribuée — quant à la forme ou quant au fond — peut selon les circonstances entraîner le caractère non-obligatoire de l'avis. Si le juge estime que l'avis doit être déclaré non-obligatoire, il peut immédiatement trancher le litige lui-même, si une des parties le demande, pour autant cependant que les règles de la compétence judiciaire et de la mission du juge le permettent.

Le cas échéant, les parties peuvent bien entendu en convenir autrement.

40. Afin d'être complet, il y a lieu d'être attentif à la réglementation prévue par le nouveau Code Civil hollandais (Livre 7, Titre 15) (VOY. annexe II).

Le Professeur E. H. Hondius a formulé récemment les commentaires suivants au sujet du projet ⁽⁴⁸⁾ :

« De vaststellingsovereenkomst is in het regeringsontwerp op een totaal andere grondslag komen te rusten dan in het ontwerp-Meijers

(46) Tribunal Den Haag, 27 novembre 1931, *W.* 10.330; — SANDERS, P., *Aan-tasting van arbitrale vonnissen*, Leiden, 1940/45, p. 3-4.

(47) Pour plus de détails, voy. *Contractenrecht*, n° 611 et s., IV-847 et s.

(48) *Nieuw B.W.*, 1984, 3.

(van de hand van de Leidse hoogleraar rechtsvergelijking mr. D. C. Fokkema) het geval was. Terwijl het voorontwerp nog uitging van het stelsel van declaratieve werking (waarin geen verdere uitvoerings-handeling is vereist), is in het regeringsontwerp alsnog voor het dispositieve uitgangspunt geopteerd. Het lijkt niet onverstandig om de wereld der rechtsgeleerden de gelegenheid te geven zich in geschrift over deze koerswijziging en de uitwerking daarvan uit te spreken. Er is bovendien nog dit. De vaststellingsovereenkomst in het nieuw B.W. dekt mede de figuur van het onzuiver bindend advies. De laatste tijd wordt wel in twijfel getrokken of aan deze specifiek Nederlands/Italiaanse rechtsfiguur nog wel behoefte bestaat. Bindende adviezen die een geschil beogen te beslechten kunnen tegenwoordig best in de vorm van een arbitraal vonnis worden neergelegd.

Weliswaar is de wettelijke regeling van de arbitrage zwaar verouderd, maar modernisering is op korte termijn te verwachten (zie *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1983/1).

In de literatuur is de scepsis ten aanzien van het zgn. onzuiver bindend advies recentelijk verwoord door prof. mr. W. H. Heemskerk in zijn bijdrage *Bindend advies en arbitrage* (in *Een goede procesorde/Opstellen aangeboden aan mr. W. L. Haardt*, Deventer 1983, blz. 225-238).

(«La convention de constat prévue dans le projet gouvernemental a un fondement totalement différent de celle dont question dans le projet Meijers (dont l'auteur est le Professeur en droit comparé, D. C. Fokkema de l'Université de Leiden). Alors que l'avant-projet prenait comme point de départ le système du fonctionnement déclaratif (dans lequel aucun autre acte d'exécution n'est requis), le projet gouvernemental a opté pour une approche dispositive. Il apparaît opportun de donner l'occasion au monde de la doctrine de commenter ce changement ainsi que les effets de celui-ci. De plus, dans le nouveau Code Civil la convention de constat englobe également l'institution de l'avis obligatoire impur. Cependant, à l'heure actuelle, la question se pose de savoir si cette institution juridique italo/hollandaise répond encore à une nécessité. En effet, à l'heure actuelle, il est préférable de consigner des avis obligatoires qui visent à trancher un litige sous forme d'une sentence arbitrale.

Il est vrai néanmoins que les dispositions légales en matière d'arbitrage sont fort anciennes, mais on peut s'attendre à une modernisation dans un délai assez rapproché (voy. *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1983/1).

Le Professeur W. H. Heemskerk a souligné récemment le scepticisme à l'égard du soi-disant avis obligatoire impur dans sa contribution *Bindend advies en arbitrage* (dans *Een goede procesorde/Opstellen aangeboden aan mr. W. L. Haardt*, Deventer 1983, p. 225-238).

Eu égard au fait que le projet de loi relatif à la nouvelle loi en matière d'arbitrage a été déposé aux Pays-Bas (*Tijdschrift voor Arbitrage*, août 1984), il est peut-être possible d'effectuer un choix entre l'arbitrage et l'avis obligatoire.

L'article 6.5.3.11. du nouveau Code Civil hollandais prévoit que le juge pourra *modifier* une convention, et ce, dans les circonstances prévues par cet article.

Par ailleurs, l'article 1020 du Code de procédure, comme proposé dans le projet relatif à la loi sur l'arbitrage prévoit que l'arbitre peut modifier ou *compléter* la convention principale des parties.

Cette extension entrainera probablement une diminution de la pratique de l'avis obligatoire aux Pays-Bas. Je suis néanmoins d'avis que l'avis obligatoire pourrait, dans un certain nombre de matières, même aux Pays-Bas, maintenir une avance sur un arbitrage qui, nonobstant sa version modernisée, demeure néanmoins formaliste.

41. La République Fédérale d'Allemagne, l'Angleterre et la France connaissent des institutions contractuelles, qui s'apparentent plus ou moins à l'avis obligatoire hollandais.

Ainsi, les §§ 317, 318 et 319 du Code Civil allemand disposent comme suit :

§ 317 : «Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme massgebend».

§ 318 : «Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragsschließenden. Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragsschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Die Anfechtung muss unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis

erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn dreissig Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist».

§ 319 : «Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschliessen nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfoht in diesem Falle durch Urteil ; das gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert».

La jurisprudence allemande considère que les parties doivent fournir des indications suffisantes pour que le tiers sache comment il doit prendre sa décision ; pour le surplus le tiers pourra combler les lacunes, adapter le contrat ou le clarifier et constater des faits, et ce, sans qu'il soit obligé pour autant de respecter les règles de procédure en matière d'arbitrage.

LA TERCE-DÉCISION OBLIGATOIRE EN DROIT BELGE

42. L'institution juridique de l'avis obligatoire est pratiquement inconnue en Belgique en ce qui concerne la dénomination formelle⁽⁴⁹⁾. Dans la pratique des contrats, la notion précitée n'est jamais utilisée en Belgique, à l'exception d'un jugement, à savoir celui du tribunal de commerce de Courtrai en date du 4 décembre 1969 (voy. à ce sujet, infra, n° 52) et de l'expression qui est utilisée par le Comité d'Etudes et de Législation des Notaires (voy. supra, n° 6).

43. L'avis obligatoire est parfaitement compatible avec les principes généraux du droit des contrats et peut, comme aux Pays-Bas, avoir comme base juridique l'article 1134 du Code Civil.

De plus, l'avis obligatoire est également conforme au principe général selon lequel nul ne peut être soustrait, contre son gré, au juge que la loi lui attribue (art. 8 du Code judiciaire). En effet, l'avis obligatoire n'exclut pas le recours au tribunal (voy. supra n° 29).

(49) Voy. cependant de manière explicite : GHEYSSEN, G., A.P.R., Verbo *Dading*, n° 51-52 ; PAURYS, C. et BOES, R., A.P.R., Verbo *Lastgeving*, n° 18 ; — RONSE, J., o.c. T.P.R., 1978, n° 220, p. 833 — HUYB, M., et KERGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, 1981, n° 25, p. 27-28 ; et implicitement : DE PAGE, *Traité*, Tome IV, n° 41 et Tome V, n° 364 ; — CLOQUET, A., A.P.R., Verbo *Deskundigenonderzoek*, n° 15 et n° 20 et s. ; — CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, tome I, Bruxelles, 1974, p. 224-225 ; — DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, 1975, n° 20, p. 12-13.

44. Les articles 1592, 1716 et 1854 du Code Civil sont des dispositions qui constituent des applications de l'avis obligatoire.

En effet, en vertu de l'article 1592 du Code Civil la détermination du prix de la vente peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers. Il s'agit là d'une application évidente de l'avis obligatoire d'autant plus que la Cour de Cassation a précisé que la détermination du prix de vente par un tiers est irrévocable et ne peut plus être modifiée par les parties, sauf en cas d'erreur grave⁽⁵⁰⁾.

De même l'estimation du prix du loyer en cas de bail verbal (art. 1716 du Code civil) peut être interprétée comme une application de l'avis obligatoire.

Enfin, en matière de contrat de société, il peut être stipulé que le règlement des parts sera déterminé par un tiers (article 1854 du Code civil) (voy. supra n° 7).

Ces exemples suffisent pour démontrer qu'en dehors de l'application des principes généraux du droit des contrats, notre Code civil a réservé une place particulière à des institutions juridiques qui — selon l'expression de von Jhering — comme tant de *historische Durchbruchpunkte* (points d'émergence historiques) peuvent passer pour des avis obligatoires⁽⁵¹⁾.

45. Par ailleurs, le droit administratif connaît également une forme très spécifique d'avis obligatoire, notamment l'avis du fonctionnaire délégué prévoyant expressément une dérogation au règlement de construction communal et autorisant le collègue à prendre à son tour une décision conformément à l'avis modifié⁽⁵²⁾. En droit fiscal, on notera l'existence de l'institution peu cohérente de l'évaluation obligatoire⁽⁵³⁾.

(50) Cass. 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1400 ; voy. cependant De Page, qui considère à tort qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une forme de mandat : Tome IV, n° 41 ; voy. également KLUYSSENS, A., *De contracten*, seconde révision, Gand, 1952, n° 22, p. 29 qui se réfère à Faure dans son rapport au Tribunal (Locke, Tome VII, p. 93, n° 23).

(51) Pour une autre explication et l'application de la doctrine des *Durchbruchpunkte* voy. : STORBE, M., *Her schuldeisersverzuim*, dans *Op de grenzen van komend recht* (Feestbundel J. H. Beckhous), Zwolle, 1969, p. 231 et s.

(52) Art. 45 de la loi du 29 mars 1962, modifiée par la loi du 22 décembre 1970 ; voy. à ce sujet : WASTIENS, F., *Administratief goederecht*, 1983, n° 166, p. 80.

(53) LINDEMANS, D., *Enkele beschouwingen over de fiscale bindende schatting*, A.F.T., 1983, 268 et s.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le collège du Comité Supérieur de Contrôle a pour mission d'émettre des avis sur les contestations ou litiges qui sont portés à sa connaissance par l'une ou l'autre partie concernant les soumissions dans le cadre des marchés publics (article 11 de l'A.R. du 29 juillet 1970). Ainsi, 21 avis ont été émis en 1982 ; le Ministre compétent s'est rangé à l'avis du Comité Supérieur en 18 cas ; dans un des trois autres cas l'affaire a été portée, sur base de l'avis, devant le tribunal qui s'est simplement rangé à l'avis⁽⁵⁴⁾. On peut se demander s'il ne s'agit pas déjà d'une forme d'avis obligatoire dans le secteur de droit public.

46. En outre, l'avis obligatoire répond à une nécessité et ce, dans la mesure où aucune des institutions juridiques classiques ne peut suffire pour atteindre les résultats qui peuvent être obtenus par le biais de l'avis obligatoire.

L'avis obligatoire se différencie au demeurant très clairement d'institutions juridiques auxquelles il peut être comparé tels le mandat ou la transaction ou encore l'expertise ou l'arbitrage.

47. Nonobstant l'autorité de De Page, il n'apparaît pas justifié de considérer l'avis obligatoire comme un mandat⁽⁵⁵⁾.

Cet auteur admet cependant qu'il s'agit d'une forme spéciale de mandat, et plus précisément d'une représentation commune des deux parties par une personne.

En réalité, il est parfaitement inutile d'utiliser l'institution du mandat « dont la structure normale est modifiée par la volonté souveraine des parties » (De Page) ; il est plus rationnel de faire usage de la notion d'avis obligatoire dans le sens d'une institution juridique indépendante.

En effet, le tiers n'agit pas en qualité de mandataire représentant les parties ; il ne conclut pas de contrat au nom des parties. Il remplit de manière autonome le rapport contractuel entre les parties. Aussi, il ne peut pas être un mandataire et ce, dans la mesure où le mandat met le tiers dans une situation de dépendance et l'oblige, en outre, à rendre compte⁽⁵⁶⁾.

(54) Voy. *Verslag nopens de activiteiten van het College van het Hoog Comité van Toezicht tijdens het jaar 1982*.

(55) Tel est l'avis de De Page, qui, quoique ne faisant pas usage de la notion d'avis obligatoire, vise clairement cette institution juridique : V, n° 364 ; — voy. également, à tort, VAN GERVEN, W., *Langdurige overeenkomsten*, dans René Dekkers, p. 377 et s., en particulier p. 400 où il est question d'un *third party intervenor* qui est un mandataire désigné par les parties.

(56) Cfr. CAMBER, C., *o.c.*, p. 224-225 ; R. P. D. B., *Versno, Arbitrage*, n° 12.

48. Une transaction est une convention par laquelle les parties mettent *elles-mêmes* fin à un litige et ce, par des concessions mutuelles. On ne retrouve aucun de ces éléments dans le cadre de l'avis obligatoire ; de plus, il est impossible pour les parties de faire préalablement des concessions et ce, dans la mesure où elles ne peuvent même pas concevoir le contenu de l'avis obligatoire.

49. Contrairement à l'avis obligatoire, l'expertise ne lie ni les parties, ni le juge.

La décision du tiers ne doit pas être communiquée préalablement aux parties⁽⁵⁷⁾, ce qui est requis en matière d'expertise. Contrairement à l'expertise, la décision ne doit pas davantage être motivée.

50. Enfin, l'avis obligatoire se différencie de l'arbitrage :

- (1) en ce qu'une sentence arbitrale constitue un titre exécutoire après l'exequatur, ce qui n'est jamais le cas en matière d'avis obligatoire ;
- (2) en ce que les arbitres doivent résoudre des litiges juridiques (article 1676 du Code judiciaire), alors que les tiers rendant des avis obligatoires peuvent intervenir même en dehors de tout litige, voire prendre des décisions de politique à suivre (voy. supra, n° 2 et 3) ;
- (3) en ce qu'une sentence arbitrale peut uniquement être annulée sur base des causes formelles dont question à l'article 1704 du Code judiciaire, alors qu'un avis obligatoire peut être attaqué sur base de différentes causes en ce compris quant au fond (voy. supra, n° 38 et 39) ;
- (4) en ce qu'un écrit est requis en matière d'arbitrage (article 1677 du Code judiciaire) ;
- (5) en ce que les arbitres doivent toujours siéger en nombre impair (art. 1681 du Code judiciaire).

Ce que les parties ont convenu ressortira de leur intention ; ces questions doivent être examinées en fonction des règles générales d'interprétation du droit des contrats.

51. A ce sujet, il apparaît intéressant d'évaluer les avantages et les inconvénients respectifs de l'avis obligatoire et de l'arbitrage.

(57) Voy. : Bruxelles, 10 mars 1960, *Pas.*, 1961, II, 97, confirmant la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 juin 1959, *J.C. Brax.*, 1961, 308.

Pour des parties qui se trouvent dans une situation de collaboration réciproque la sollicitation de l'avis, fit-ce obligatoire, d'un tiers impartial apparait plus appropriée qu'une procédure arbitrale.

L'avis obligatoire est évidemment plus direct et moins compliqué qu'une procédure arbitrale. Ceux qui se prononcent pour un dérivé plus rapide et plus souple de l'arbitrage — surtout de l'arbitrage international — sont au demeurant de plus en plus nombreux. Par ailleurs, alors que le tiers en matière de décision obligatoire peut être un expert qui n'a pas de formation juridique, l'arbitrage nécessite une certaine connaissance de la procédure et du droit matériel.

L'arbitrage présente évidemment l'avantage d'offrir un titre exécutoire moyennant exequatur.

Enfin, il va de soi qu'il est préférable de soumettre à des arbitres les litiges qui ne peuvent pas être convenablement réglés par un tiers, sans l'assistance d'experts ou sans entendre des témoins.

52. Après avoir souligné la différence entre l'avis obligatoire et les institutions voisines, il convient de rechercher des cas d'application dans la jurisprudence belge (voy. supra n° 4).

Doivent être considérées comme des applications déguisées de l'avis obligatoire par la jurisprudence belge :

a) la clause qui stipule qu'à défaut d'accord sur la révision du prix du loyer, celui-ci sera déterminé par un tiers à désigner de commun accord (Cf. Juge de Paix Bouillon, 1^{er} juin 1971, *Jur. Liège*, 1973-1974, 143).

b) la convention par laquelle la victime d'un accident et l'auteur de ce dernier ou son assureur chargent un tiers de fixer de manière irrévocable le degré d'invalidité et/ou le dommage. C'est à tort que ces conventions sont considérées en Belgique comme un compromis arbitral⁽⁵⁸⁾ ou comme une expertise⁽⁵⁹⁾ ou encore comme mandat⁽⁶⁰⁾ ou comme transaction⁽⁶¹⁾ ou encore comme un contrat innommé *sui*

(58) Tribunal Liège, 6 juin 1868, *Pas.*, 1868, II, 242; — Tribunal Liège, 21 novembre 1956, *R.G.A.R.*, 1957, 5988; — Tribunal Bruxelles, 2 mars 1965, *R.G.A.R.*, 1965, 7479.

(59) Bruxelles, 29 décembre 1937, confirmant la sentence arbitrale du 13 avril 1937, le *Bull. Ass.*, 1940, 131; Sentence arbitrale, 12 février 1932, *Bull. Ass.*, 1932, 120.

(60) Bruxelles, 19 avril 1932, *Bull. Ass.*, 1933, 376; — Commerce Liège, 27 novembre 1979, *R.G.A.R.*, 1982, 10496, avec note J. L. Fagnart.

(61) Tribunal Liège, 21 novembre 1956, *R.G.A.R.*, 1957, 5988; — Liège, 30 octo-

generis, ce qui, quoi qu'il s'agisse d'une solution de facilité, confirme que la jurisprudence belge a accepté cette institution juridique indépendante⁽⁶²⁾.

Je n'ai trouvé qu'une seule décision dans la jurisprudence belge qui désigne nommément l'institution juridique en question comme un avis obligatoire (Commerce Courtrai, 4 décembre 1969, *R.W.*, 1972-73, 919). Il s'agissait en l'espèce d'un «avis» d'un tiers relatif à la cause de l'incendie d'un véhicule. Le tribunal de Courtrai a motivé sa décision d'une manière très claire et précise :

«Hier staan we voor een geval van bindend advies. Wij spreken van bindend advies, indien partijen buiten wettelijke arbitrage een tussen haar bestaand geschil omtrent een overeenkomst, of andere rechtsverhouding, al dan niet op grond van een in die overeenkomst opgenomen beding, ter beslechting aan een of meer particuliere derden voorleggen, terwijl partijen de aldus verkregen beslissing als bindend willen beschouwen.

Het bindend advies is naast de wettelijke arbitrage ontstaan.

Zoals de vaststellingsovereenkomst het genus van het species dading is, is het bindend advies het genus van het species arbitrage. De wettelijke bepalingen voor arbitrage bleken voor het handelverkeer soms te streng en zo is men er toe gekomen, om naast de arbitrage beslissingen van scheidsmannen, die geen eigenlijke arbitrage ware, als bindend te erkennen.

Het bindend advies verschilt van arbitrage hiertin dat partijen door arbitrage een executoire titel verkrijgen, welke met het exequatur van de president gezegd van gewijsde heeft en als zodanig ook rechtsopvolgers onder bijzondere titel bindt, wat zij met een bindend advies alleen nooit kunnen bereiken. Zij kunnen dit slechts bereiken door een uitspraak van de gewone rechter hierover uit te lokken.

bre 1959, *J.T.*, 1959, 704; — Tribunal Police Bruxelles, 5 mai 1981, *R.G.A.R.*, 1984, 10804.

(62) Liège, 24 décembre 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 154; — Tribunal Correctionnel Tongres, 17 septembre 1965, *R.G.A.R.*, 1967, 7825; — Bruxelles, 27 février 1967, *J.C.B.*, 1969, I, 46; — Tribunal Correctionnel Bruxelles, 24 avril 1974, *J.T.*, 1975, 263, avec note L. Derenne; — Tribunal Liège, 19 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10612; — Tribunal Tournai, 6 janvier 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10676; — voy. également à ce sujet, J. L. Fagnart, note sous Commerce Liège, 27 novembre 1979; — voy. également: De GAVRE, J., *Le contrat de transaction*, n° 71, p. 101.

De gevolgen van arbitrage zijn procesrechtelijk, die van een bindend advies daarentegen materieelrechtelijk. Verder gelden voor arbitrage de wettelijke bepalingen van het wetboek van R.V., terwijl het bindend advies slechts wordt beheerst door de algemene regelen van het verbintenissenrecht.

In ons recht overheerst de contractvrijheid, hetgeen impliceert dat partijen kunnen overeenkomen om aan een derde scheidsrechter de oplossing van een tussen hen hangend rechtsgeheel te beslechten door een bindend advies (cf. *Rb. Doornik*, 24 februari 1914, *Pas.*, 1914, III, 208; — *R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 625 et s.).

Art. 1134, 3de lid B.W. is echter van openbare orde met het gevolg dat de partijen de derde niet mogen vrijstellen van te oordelen naar redelijkheid.

Nu bewijst verweerster geenszins en door niets dat de beslissing van de scheidsrechter onredelijk is en het controlerecht van de rechtbank is enkel toelaatbaar op dat enige punt, niet op de kwesties door de scheidsrechter opgelost».

«Il s'agit en l'espèce d'un cas d'avis obligatoire. Il est question d'avis obligatoire, lorsque les parties soumettent, en dehors de l'arbitrage légal, un litige existant entre elles concernant une convention ou un autre rapport de droit, en vue de son règlement à un ou plusieurs tiers particuliers, et ce, qu'il y ait ou non une clause prévue à cet effet dans la convention considérée, alors que les parties entendent considérer la décision ainsi obtenue comme obligatoire.

L'avis obligatoire est né parallèlement à l'arbitrage légal.

A l'instar de la convention de constat qui constitue le genre de l'espèce transaction, l'avis obligatoire constitue le genre de l'espèce arbitrage. Les dispositions légales en matière d'arbitrage se sont parfois avérées par trop rigoureuses dans les relations commerciales; d'ou la reconnaissance, à côté de l'arbitrage, du caractère obligatoire de décisions d'arbitres, qui ne constituent pas de véritables arbitrages.

L'avis obligatoire se différencie de l'arbitrage en ce que les parties obtiennent un titre exécutoire par l'arbitrage, qui reçoit l'autorité de la chose jugée par l'exequatur du président et lie également en tant que tel les représentants sous titre particulier, ce qu'elles ne peuvent jamais atteindre par le seul avis obligatoire. Ceci ne peut être obtenu qu'en suscitant une décision du juge ordinaire en la matière.

Les effets de l'arbitrage se situent au niveau du droit de la procédure alors que ceux de l'avis obligatoire relèvent du droit matériel. Pour le surplus, l'arbitrage est régi par les dispositions légales du code de procédure, alors que l'avis obligatoire n'est soumis qu'aux seules règles générales du droit des obligations.

La liberté contractuelle domine notre droit, ce qui implique que les parties peuvent convenir de faire trancher par un tiers arbitre un litige juridique né entre elles et ce, par le biais d'un avis obligatoire (Cf. *Tribunal Tournai*, 24 février 1914, *Pas.*, 1914, III, 208; — *R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 625 et s.).

Toutefois, l'article 1134, 3^e alinéa du Code civil est d'ordre public; il en résulte que les parties ne peuvent pas exonérer le tiers d'apprécier en équité.

La défenderesse ne prouve aucunement que la décision de l'arbitre n'est pas équitable; le droit de contrôle du tribunal n'est admissible que pour ce point uniquement, et non pour les questions qui ont été réglées par l'arbitre (l'article 1134, 3^e alinéa du Code civil ne doit pas être d'ordre public pour rendre l'équité obligatoire).

c) La convention en vertu de laquelle un expert est désigné à la fin du bail en vue de fixer et d'évaluer de manière irrévocable les dégâts locaux⁽⁶³⁾.

d) Toute autre convention qui stipule qu'en cas de contestation, le litige sera tranché de manière obligatoire par X, sans recours aucun des parties⁽⁶⁴⁾ ou toute autre disposition dans des règlements, prévoyant qu'une personne déterminée règlera de manière souveraine des litiges relatifs à l'interprétation⁽⁶⁵⁾.

(63) Cass. 6 février 1964, *J.T.*, 1964, 292; dans cet arrêt, la Cour de Cassation décide à juste titre qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un compromis arbitral; toutefois, la cour ne fournit aucune autre interprétation; voy. également *Commerces Bruxelles*, 11 janvier 1963, *J.T.*, 1963, 321; cette décision fait état, dans un souci de facilité, d'un contrat *sui generis*, avec note; — voy. *Justice de Paix de Nivelles*, 22 décembre 1982, *Journal des Juges de Paix*, 1983, 139, qui fait état, à tort, d'un mandat.

(64) Voy. *Commerces Anvers*, 19 janvier 1954 *R.M.* 1954-55, 1519 qui caractérise cette clause dans un contrat d'entreprise comme un contrat innommé; — à la suite d'un contrat de prêt pareille convention a été considérée, à tort, comme une clause d'arbitrage: *Tribunal Bruxelles*, 24 avril 1948, *J.T.*, 1949, 204.

(65) Art. 10 (23) du règlement portant la *Tradition Nationale Notariale* dispose que les cas non prévus ou les contestations concernant l'interprétation du texte du règlement considéré sont soumis à l'appréciation du président de la Fédération Royale

CONCLUSIONS

53. L'aperçu des institutions juridiques étrangères et l'analyse de l'institution juridique indépendante, telle qu'elle s'est développée en Belgique me conduisent à considérer que la « tierce-décision » belge se rapproche le plus de l'avis obligatoire existant aux Pays-Bas.

La terminologie assez contradictoire de l'« avis obligatoire » peut évidemment paraître heurtante et ce, à l'instar des termes « *arbitrato irrituale* » en droit italien qui sont totalement étrangers à l'arbitrage. Aussi, afin d'éviter toute équivoque, on peut opter pour la notion de « tierce-décision obligatoire » (bindende derdenbeslissing ou bindende beslissing door derden). Dans l'intervalle, cette notion a été approuvée lors de la journée d'étude du Cepani du 10 octobre 1984.

54. En droit belge, la tierce-décision obligatoire est une institution juridique indépendante de droit matériel, dont l'utilité a déjà été démontrée dans le passé.

Les parties peuvent y avoir recours en toutes circonstances pour autant qu'elles puissent disposer de leurs droits. Ce droit de disposition peut être examiné par le juge.

Ainsi, le tiers pourra compléter le contrat existant, le modifier ou le clarifier et ce, tant au niveau des problèmes techniques qu'à celui de l'évaluation (prix, dommage, invalidité, ...) ou des accords conclus (délais, modalités de paiement, ...).

Le tiers pourra également remplir une fonction utile en dehors de tout contrat.

Il pourra même, dans chaque cas, trancher des litiges contractuellement.

55. La désignation du tiers doit être convenue entre les parties et ce, verbalement ou par écrit. Toutefois, afin d'éviter des contestations inutiles en la matière, il apparait indiqué d'établir un écrit circonstancié.

Ainsi, il est possible de reprendre préalablement dans le contrat même la clause suivante :

« Tout complément ou toute interprétation du présent contrat, ainsi que tout différend concernant la validité ou l'exécution sera réglé

des Notaires de Belgique qui tranchera de manière souveraine comme arbitre. Cet article prévoit en outre que toute infraction au règlement en question est soumise à l'appréciation exclusive de la Chambre du notaire qui a commis la faute. C'est à tort que le texte de cette disposition fait état d'un arbitre.

irrévocablement par une décision d'un tiers désigné par les parties, à savoir, ... la décision de ce dernier est reconnue par les parties comme étant leur propre accord de volonté contractuel».

Après la naissance du différend, la formule pourrait être libellée comme suit : « Les parties désignent de commun accord X comme tiers qui décide, et ce, en vue de décider (déterminer) de manière irrévocable entre les parties ... après ... (conditions éventuelles : le pouvoir d'entendre les parties, ...) ».

Cette convention peut également être vérifiée par le juge quant à sa validité.

56. Il n'apparait pas indiqué de prévoir des procédures, des prescriptions de forme et des délais ; en effet, dans ce cas on risque de déforcer l'efficacité de l'avis obligatoire (Cf. supra, n° 34).

Cependant il peut être utile, en faisant application de la *lex specialis* dont question à l'article 1854, al. 2 du Code Civil, de stipuler que l'avis ne pourra plus être attaqué après un certain délai.

57. Des que les parties ont convenu de l'avis obligatoire et a fortiori lorsque celui-ci a été rendu, les parties ne peuvent plus demander une expertise ou une décision voisine au juge⁽⁶⁶⁾.

Cependant le juge a le pouvoir de vérifier si le tiers a respecté ce que les parties ont convenu à son sujet (voy. par exemple : Bruxelles, 29 décembre 1937, confirmant une sentence arbitrale du 13 avril 1937, *Bull. Ass.*, 1940, 131 et s. ; cet arrêt considère à juste titre que le juge est uniquement autorisé à vérifier si le tiers a agi dans le cadre de la sphère de compétence qui lui a été attribuée par les parties ; aucune formalité judiciaire telle que prendre acte de quelque réserve des parties en ce qui concerne l'expertise n'avait été rendue obligatoire et ne pouvait dès lors faire l'objet d'une vérification par le juge).

En revanche, les tiers doivent intervenir selon les modalités et dans le respect des formes fixées par les parties⁽⁶⁷⁾.

Ainsi, agit contrairement à la bonne foi, le médecin qui introduit un rapport, sans avoir examiné la victime.⁽⁶⁸⁾

58. Enfin, l'avis obligatoire ne pourra être attaqué que lorsque le tiers a, à l'encontre des exigences de la bonne foi, agi notoirement de

(66) Tribunal Correctionnel de Bruxelles, 24 avril 1974, J.T., 1975, 263 ; — cf. les opinions prévalant aux Pays-Bas : supra, n° 37.

(67) Voy. par analogie, Tribunal Correctionnel de Tongres, 17 septembre 1965, R.G.A.R., 1967, 7825.

(68) Tribunal Liège, 19 novembre 1981, R.G.A.R., 1983, 10612.

manière déraisonnable. Une distinction plus poussée, comme prévue aux Pays-Bas. (voy. supra, n° 36), apparaît difficilement défendable.

59. A maintes reprises, il a été souligné que l'avis obligatoire est une institution juridique indépendante, qui est étrangère aux contrats nommés traditionnels.

Cependant, il y a lieu de rappeler que l'avis obligatoire, quoique non susceptible d'exécution, (69) présente également de nombreux avantages par rapport à l'arbitrage : encore moins de formalisme et de délais ainsi qu'une méthode de travail très informelle qui va jusqu'à la signature d'une feuille vierge par les parties.

En outre, l'avis obligatoire permet au tiers d'interpréter, de compléter, de modifier, voire de prescrire une politique à suivre et ce, dans l'intérêt des deux parties. Aucun juge ou arbitre ne peut en faire autant.

60. L'institution juridique de la tierce-décision obligatoire remplira un rôle indispensable en lieu et place des nombreuses appellations et notions incohérentes et disparates qui circulent actuellement.

La notion est ouverte et aisément reconnaissable ; sur ce point, elle se distingue de nombre de descriptions obscures qui semblent précisément avoir pour objet de semer la confusion chez les parties.

L'institution juridique considérée offre des garanties et est en outre souple et rapide.

Enfin, en cas de déraison notoire, la tierce-décision peut être vérifiée par le juge.

Aussi, il apparaît souhaitable que les praticiens du droit puissent aussi rapidement que possible manier cette terminologie dans son sens propre.

61. Dans ce pays l'Etat de Droit est ébranlé par ceux qui ont le pouvoir (voy. Storme M., *Mijmeringen van een jurist bij 1984*). Aussi, une réaction saine des juristes consiste à rechercher des formules visant à empêcher le déclin devenu inacceptable du pouvoir judiciaire : «Just as health is not found primarily in hospitals or knowledge in schools, so justice is not primarily to be found in official justice-dispensing institutions. Ultimately, access to justice is not just a matter of bringing cases to a font of official justice, but of enhancing the justice quality of

the relations and transactions in which people are engaged» (Galanter, M., *Justice in many rooms*, dans M. Cappelletti, *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981, p. 161).

L'article clé 1134 du Code Civil peut continuer à remplir sa fonction de premier rang même lorsque le législateur fait défaut, et nonobstant l'omniprésence du pouvoir exécutif et la paralysie du pouvoir judiciaire.

En effet, la plupart des problèmes peuvent être résolus par des règles contractuelles ; il appartient uniquement au juge de vérifier le caractère «raisonnable» de ces contrats.

Lorsque les citoyens règlent eux-mêmes leurs problèmes juridiques en dehors de toute intervention des autorités, on peut considérer qu'on se trouve en présence d'une forme d'Etat de droit adulte. L'avis obligatoire est très démonstratif à cet égard.

(69) Il serait peut-être intéressant de construire une forme mixte de tierce-décision et arbitrage, où le tiers pourrait transformer, dans certains cas et moyennant le respect des règles d'arbitrage en vigueur en la matière, sa tierce-décision en une sentence arbitrale. Toutefois, cette conversion mériterait une analyse plus approfondie.

REVUE

DE

Droit international

ET DE

Droit comparé

CONSEIL DE L'INSTITUT

Président :

Vicomte W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, procureur général émérite à la Cour de cassation, professeur émérite de l'Université de Bruxelles ;

Vice-Présidents :

Baron VAN HOUTTE, professeur émérite des Universités de Gand et de Liège, ancien premier ministre ;

Baron Ch. DEL MARMOL, professeur émérite de l'Université de Liège.

Secrétaires généraux :

MM. R. DALCQ, avocat au barreau de Bruxelles, professeur à l'Université de Louvain.

R. VAN ROLLEGHEM, avocat au barreau de Bruxelles.

Secrétaire :

M. Paul LANDRIEN, avocat au barreau de Bruxelles.

Treasorier :

M. G. KEUTGEN, maître de conférences à l'Université de Louvain.

Membres :

MM. P. CORNIL, secrétaire général honoraire du Ministère de la Justice, professeur émérite de l'Université de Bruxelles ;

P. de VISSCHER, professeur émérite de l'Université de Louvain ;

Baron S. FREDERICO, professeur à l'Université de Gand, assesseur au Conseil d'État ;

Mme M.-R. HENNEBICQ, avocat honoraire du barreau de Bruxelles ;

MM. A. MAST, président émérite du Conseil d'État, professeur émérite de l'Université de Gand ;

L. MOUREAU, président émérite du Conseil d'État, professeur émérite de l'Université de Liège ;

Baron F. MULIS, ambassadeur honoraire ;
Cl. RENARD, professeur émérite de l'Université de Liège ;

F. RIGAUY, professeur à l'Université de Louvain, assesseur au Conseil d'État ;

G. SCHRANS, professeur à l'Université de Gand, assesseur au Conseil d'État ;

A. WALTERS, premier président émérite de la Cour de cassation.

TOME LXII - 1985

ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT

RUE DE LA RÉGENCE, 67, 1000 BRUXELLES

ÉDITEURS