Observations

L'étendue des pouvoirs du juge confronté à une tierce décision obligatoire

Introduction

1. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 octobre 2008

Les faits du litige soumis à notre analyse sont assez simples. Une transaction est conclue entre deux parties. Celle-ci prévoit qu'une cession d'actions de société interviendra entre les deux parties et que l'évaluation des actions sera laissée à l'appréciation d'un tiers déterminé. Il s'avère toutefois que le tiers, dans l'exécution de sa mission, va s'écarter des paramètres fixés par les parties contractantes pour l'appréciation de la valeur des actions.

Une action est donc introduite devant le tribunal de première instance d'Anvers qui procède à un décompte financier conformément à la décision du tiers décideur. Appel de la décision est ensuite interjeté. La décision rendue en premier ressort est réformée par la cour d'appel d'Anvers qui adapte le décompte financier sur la base duquel le premier juge avait statué et fixe, en lieu et place du tiers décideur, la valeur des actions à céder. Un pourvoi en cassation est introduit. La décision de la cour d'appel d'Anvers est cassée sur le pied de l'article 1134 du code civil au motif que le juge ne pouvait se substituer au tiers décideur en déterminant lui-même la valeur des actions sur la base des critères fixés par les parties.

2. Plan

A la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 2008, il semble opportun de préciser les contours de l'article 1592 du code civil et les enjeux qui se cachent derrière cette disposition.

L'application de cet article soulève, en effet, différents problèmes qui divisent la doctrine.

Le concept de la tierce décision obligatoire sera dès lors précisé et distingué de l'expertise et de l'arbitrage. L'étape suivante aura pour objet l'analyse d'un exemple de tierce décision présente dans le code civil à savoir celle envisagée par l'article 1592. Nous traiterons ensuite du tiers décideur et de la nature de la convention conclue entre ce dernier et les parties au contrat de vente. Enfin, après avoir envisagé les éventuelles difficultés rencontrées dans le cadre de l'article 1592, nous nous pencherons plus spécifiquement sur les pouvoirs du juge en cas de contestation, et ce au regard de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

I. La tierce décision obligatoire

3. Institutions voisines

L'article 1592 du code civil permet que le prix de la vente soit laissé à l'« arbitrage d'un tiers »[1] ; les clauses contractuelles utilisent la notion de « tiers arbitre » ; la doctrine et la jurisprudence font état de « ventes à dire d'expert », … L'utilisation disparate de ces notions mérite un éclaircissement car la terminologie utilisée est trop souvent équivoque, voire contradictoire.

1. Selon C. JARROSSON (*La notion d'arbitrage,* Paris, L.G.D.J., 1984, n° 303), l'utilisation du mot « arbitrage » s'explique par le fait que l'arbitrage du code de procédure civile et l'« arbitrage » de l'article 1592 du code civil ont des origines qui remontent au droit romain.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

La Cour de cassation, dans son arrêt du 21 janvier 1999[2], définit la tierce décision obligatoire comme une décision par laquelle « les parties consentent conventionnellement à transférer à un ou plusieurs tiers leur pouvoir de décision sur un élément de fait déterminé surgi lors de l'exécution de la convention ». Cette définition peut être transposée à l'article 1592 du code civil moyennant quelques adaptations. Dans le cadre de ce dernier article, la tierce décision obligatoire s'entend de « toute décision par laquelle les parties à un *contrat de vente* consentent conventionnellement à transférer à un ou plusieurs tiers leur pouvoir de décision sur un élément de fait (la *fixation du prix*) dans le cadre de la *formation* de la convention ».

La tierce décision obligatoire est à distinguer de l'expertise, de la transaction ainsi que de l'arbitrage en dépit d'un certain nombre de ressemblances.

La tierce décision obligatoire se distingue tout d'abord de l'expertise. En effet, l'expertise judiciaire suppose un jugement qui l'ordonne tandis que la tierce décision obligatoire repose uniquement sur une décision des parties sans aucune intervention du pouvoir judiciaire[3]. En outre, contrairement à la décision obligatoire, l'expertise, d'une part, ne lie ni les parties ni le juge[4] et, d'autre part, doit être communiquée préalablement aux parties et être motivée[5]. Les dispositions de l'expertise ne pourront donc s'appliquer à la tierce décision obligatoire[6].

La tierce décision obligatoire ne peut pas non plus être considérée comme un contrat de transaction. Ce dernier est, en vertu de l'article 2044 du code civil, « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* » moyennant des concessions réciproques[7]. Bien qu'en vertu de l'article 1592 du code civil les parties puissent confier à un tiers le soin de fixer l'étendue exacte de leurs obligations, la tierce décision obligatoire n'implique aucune concession réciproque[8].

Il y a également lieu de faire une distinction claire entre tierce décision obligatoire et arbitrage. Même si l'appréciation du tiers est définitive et irrévocable, ce dernier ne peut être considéré comme un arbitre[9]. La différence entre ces deux concepts peut s'apprécier sous de nombreux aspects[10]. La principale caractéristique propre à l'arbitrage réside dans le fait que la sentence arbitrale peut constituer, à la différence de la tierce décision obligatoire, un titre exécutoire après *exequatur*[11]. En outre, tandis que le tiers décideur peut intervenir en dehors de tout litige, la mission de l'arbitre se limite à la résolution de litiges[12].

---

2. Cass, 21 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 38, note S. ZEGERS.
3. L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1904, p. 129.
4. M. STORME, " 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 ", *Rev. dr. int. comp.*, 1985, p. 311 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, 3e édition, Paris, Defrénois, 2007, n° 204.
5. M. STORME, *op. cit.*, 1985, p. 310. Une controverse existe cependant quant à l'exigence de motivation de la tierce décision obligatoire (voy. pour plus de précisions *infra* n° 7, et O. CAPRASSE, " Tierce décision obligatoire ", cette revue, 2003, p. 1371-1374).
6. Bruxelles, 20 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 106 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Vol. 19 : De la vente et de l'échange*, 3e édition, Paris, Sirey, 1905-1909, p. 140.
7. L. SIMONT, P.A. FORIERS, " Examen de jurisprudence – Les contrats spéciaux ", *R.C.J.B.*, 2001, p. 553.
8. L. SIMONT, P.A. FORIERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2001, p. 556.
9. O. CAPRASSE, " La tierce décision obligatoire ", *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes ; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé. Procédure notariale*, in *Rép. not.*, tome XIII, livre 0, 2008, p. 145-146.
10. Voy. M. STORME, *op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.*, 1985, p. 311.
11. C. JARROSSON, *op. cit.*, 1984, n° 310.
12. L. SIMONT, " Contribution à l'étude de l'article 1592 du code civil ", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 268 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, *Rép. not.*, 2008, p. 145.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

Notons que les frontières entre les institutions se révèlent encore plus floues lorsque l'on a affaire à des concepts plus complexes tels que l'arbitrage de qualité[13] ou l'expertise irrévocable[14].

II. L'article 1592 du code civil : un exemple de tierce décision obligatoire

4. Champ d'application des articles 1591 et 1592

Avant de s'attarder plus longuement sur l'analyse de l'article 1592 du code civil, il importe de bien séparer les hypothèses régies par l'article 1591 de celles qui tombent sous le champ d'application de l'article 1592. L'article 1591 porte que « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». Quant à l'article 1592, il énonce que ce prix « *peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point vente* ».

Un des éléments essentiels de la vente, à savoir le prix, doit donc être déterminé ou déterminable. Il s'agit en réalité d'une application de la règle déduite des articles 1108 et 1129 du code civil[15]. En vertu de ces articles, l'obligation contractuelle doit avoir pour objet une chose déterminée ou à tout le moins déterminable afin de rencontrer l'exigence plus générale d'un objet certain[16]. La déterminabilité de l'objet peut être satisfaite de deux manières. Soit le prix est déterminable lorsqu'il peut être fixé en fonction d'éléments objectifs qui sont soustraits à la volonté des parties, soit la déterminabilité résulte de ce que les parties ont prévu son mode de détermination en laissant le prix à l'arbitrage d'un tiers[17]. La distinction entre les articles 1591 et 1592 apparait ainsi en filigrane.

L'article 1591 exige que le prix soit fixé par les parties. Ce prix peut être déterminé ou encore déterminable. Est considéré comme déterminable le prix dont les *éléments (ou critères) de base du calcul* sont définis et circonscrits par les parties[18]. En d'autres termes, l'article 1591 vise les situations où soit le prix est fixé expressément par les parties, soit les critères objectifs de calcul du prix figurent dans le contrat. Dans cette dernière hypothèse, il est tout à fait envisageable qu'un *tiers quelconque* soit désigné si sa mission ne consiste qu'à concourir au calcul du prix, à savoir appliquer scrupuleusement les critères définis au préalable par les parties[19]. Pensons à la cession d'actions de société dont le prix est fixé sur la base de données comptables prédéterminées ou encore au contrat de vente d'immeuble qui précise que le prix de vente sera fixé suivant une formule mathématique. Cette dernière fera bien souvent intervenir des paramètres tels que le prix d'achat initial, le coût des travaux éventuellement effectués, les frais de notaire ainsi que l'inflation. Cette dernière manière de

---

13. P. DE BOURNONVILLE les définit comme les arbitrages « dans lesquels la mission de l'arbitre porte essentiellement sur la qualité du bien livré mais qui aboutissent à la détermination d'un prix, en fonction de la qualité effective ou de la quantité de la marchandise fournie » (P. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage,* Bruxelles, Larcier, 2000, p. 65).
14. L'expertise irrévocable vise la situation où les parties décident d'attribuer un caractère irrévocable aux résultats d'une expertise et, partant, renoncent aux garanties liées au mécanisme de l'expertise judiciaire (P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.,* 2000, p. 64). Voy. également pour des cas d'application : Bruxelles, 29 décembre 1937, *Bull. ass.,* 1940, p. 131; Corr. Bruxelles, 24 avril 1974, *J.T.,* 1975, p. 263. De manière plus nuancée, voy. Civ. Liège, 3 juin 2003, cette revue, 2003, p. 1377, note O. CAPRASSE.
15. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 261.
16. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 263.
17. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 263.
18. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *La vente en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 98 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
19. P. HARMEL, La vente. Théorie générale, in Rép. not., 1985, tome VII, livre 1, p. 174 ; A. CHRISTIAENS, " Art. 1592 B.W. ", in X., Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Malines, Kluwer, 2009, p. 2.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

procéder s'intitulera « la vente à dire d'expert » et tombera sous le coup de l'article 1591.

Par contre, l'article 1592 vise une tout autre situation. Les parties confient à un *tiers,* cette fois *nommément désigné*, la mission de déterminer le prix sans qu'il soit nécessaire que les parties fixent les éléments objectifs de calcul du prix[20]. La tâche du tiers ne se limite pas, dans le cadre de l'article 1592 du code civil, à appliquer purement et simplement des critères arrêtés par les parties. Il dispose d'une marge d'appréciation. La réalisation de la condition de déterminabilité procède alors du fait que le prix sera arrêté par un tiers individualisé[21].

Qu'en est-il de l'hypothèse du *tiers individualisé* dans la convention, convention qui comprend également *les éléments de base du calcul* du prix ? La doctrine reste divisée[22]. Nous marquons une nette préférence pour l'application de l'article 1592 du code civil dès lors qu'il vise clairement, contrairement à l'article 1591, l'hypothèse de la désignation d'un tiers. L'absence de précisions à l'article 1592 du code civil quant aux critères objectifs préalablement établis ne permet pas d'exclure ces derniers de son champ d'application.

Dans l'arrêt commenté, seule la violation de l'article 1592 était invoquée par le demandeur en cassation. Nous venons de rappeler les principes généraux en la matière : tandis que l'article 1591 ne s'applique que lorsqu'un tiers a pour mission de concourir au calcul du prix en exécutant scrupuleusement les critères définis par les parties, l'article 1592 vise les situations où les parties confient à un tiers individualisé dans la convention la mission de déterminer le prix sans qu'il soit nécessaire que les parties fixent les éléments objectifs de calcul du prix[23]. En l'occurrence, le tiers décideur « G. » était clairement individualisé dans la convention ; convention qui comportait, en outre, un ensemble de paramètres objectifs sur lesquels le tiers devait se baser lors de son évaluation.

La Cour de cassation analyse donc l'arrêt attaqué au regard des dispositions légales que le demandeur en cassation estimait avoir été violées par la décision attaquée et, entre autres, à la lumière de l'article 1592 du code civil. On ne peut en déduire qu'en présence à la fois d'un tiers individualisé et d'éléments objectifs de détermination du prix, l'article 1592 devrait primer l'article 1591 du code civil.

5. Enjeu de la question : la formation du contrat de vente

Il arrive que la jurisprudence et la doctrine confondent ces articles 1591 et 1592 et appliquent l'un pour l'autre erronément. Il importe donc de rester vigilant car le régime juridique qui s'attache à ces deux articles emporte des conséquences différentes notamment en ce qui concerne la formation du contrat. Le moment où la vente sera considérée comme parfaite variera selon le régime.

---

20. P.A. FORIERS, " L'objet et la cause du contrat ", *in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles,* Bruxelles, Editions du Jeune barreau, 1984, p. 125-126 ; P. HARMEL, *op. cit.*, 1985, p. 174.
21. P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, Droit civil. Contrats spéciaux, Paris, Litec, 2004, p. 100 ; A. CHRISTIAENS, op. cit., in X., Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, 2009, p. 2. Contra : L. CORNELIS, " Het mijnenveld rond de bindende derden- of partij beslissing ", T.P.R., 2004, p. 84-86 ; D. VAN GERVEN, note sous Bruxelles, 18 juin 2007, T.R.V., 2009, liv. 3, p. 295.
22. En faveur de l'application de l'article 1591 : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome IV *: Les principaux contrats*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 75, n° 41 ; A. CHRISTIAENS, *op. cit., in* X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer,* 2009, p. 5. En faveur, semble-t-il, de l'application de l'article 1592 : O. CAPRASSE, *op. cit., J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes ; L. SIMONT, *op. cit.,* in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* 2000, p. 263, 265.
23. P. HARMEL, *op. cit.*, 1985, p. 174 ; O. CAPRASSE, *op. cit., J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

Afin de déterminer le moment de la formation du contrat, il y a lieu de se référer « aux principes qui régissent la déterminabilité du prix dans la vente : pour qu'un contrat soit formé, le prix doit être déterminé ou à tout le moins déterminable »[24]. Ce n'est qu'à cette condition que le contrat de vente sera formé.

Différentes hypothèses, non exhaustives[25], méritent à ce titre d'être envisagées :

A. Si le contrat renferme l'ensemble des *éléments objectifs* qui serviront de base au calcul du prix sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire – hypothèse visée par l'article 1591 du code civil –, le prix sera considéré comme déterminable et la vente parfaite, et ce qu'un tiers *non individualisé* soit chargé ou non d'effectuer le calcul du prix[26]. En effet, dans l'hypothèse où il serait fait appel à un tiers, ce dernier n'aurait pour seule mission que d'appliquer les éléments du contrat en vue de calculer le prix.

B. *A contrario*, dans l'hypothèse où les parties confient à un *tiers non déterminé* le soin de fixer le prix sans autre précision et *sans indication des bases de calcul*, le prix ne pourra être considéré comme déterminé et la vente ne sera pas parfaite[27]. C'est ce qu'a notamment décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 5 juin 1953[28].

C. Lorsqu'un *tiers individualisé* dans la convention est chargé de fixer le prix de vente – hypothèse visée par l'article 1592 du code civil – et ce même en l'absence de critères objectifs de calcul, la vente sera immédiatement formée sans devoir attendre l'intervention de ce tiers[29]. Cette opinion est cependant fortement contestée. J. LIMPENS[30], M. PLANIOL et G. RIPERT[31] ainsi que D. VAN GERVEN[32] estiment, quant à eux, que tant que le tiers n'a pas fixé le prix et pour autant que la convention ne contienne pas les éléments de calcul du prix, la vente n'est pas parfaite et aucun transfert de propriété n'a pu avoir lieu. Cette solution se fonde généralement sur la thèse selon laquelle l'article 1592 instaurerait un contrat de vente sous condition suspensive[33] ou une vente assortie d'une convention de mandat adjointe. Elle peut aussi se revendiquer d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 1972[34]. Dans cet arrêt, il fut jugé qu'il ne pouvait y avoir vente parfaite lorsque le prix était laissé à l'arbitrage d'un tiers individualisé sans que les éléments de base de calcul du prix ne soient fixés. Cet arrêt renferme cependant certaines inexactitudes et va, qui plus est, à l'encontre des travaux préparatoires[35]. En outre, l'arrêt mentionné limite, à tort selon

---

24. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
25. Voy. pour plus de précisions O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
26. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
27. H. DE PAGE, *Traité,* tome IV, 1997, p. 88-89 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* 2000, p. 267.
28. Cass, 5 juin 1953, *Pas*, 1953, I, 769.
29. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 1905-1909, p. 134 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes. Voy. également : Comm. Nivelles, 17 mars 1988, *R.D.C.*, 1991, p. 42, note L. HOSTE. *Contra* : M. GEVERS, " Examen de jurisprudence ", *R.C.J.B.*, 1956, p. 292.
30. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 98.
31. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome X, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 39, n° 39.
32. D. VAN GERVEN, " Prijsbepaling door een derde bij koopverkoop van aandelen ", note sous Bruxelles, 18 juin 2007, *T.R.V.*, 2009, liv.3, p. 291 et suivantes.
33. Dans la troisième édition de son traité, H. DE PAGE estime également que la vente ne sortit ses effets qu'au moment de la fixation du prix sans pour autant soutenir la thèse de la vente sous condition suspensive (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge,* tome IV, 1972, n° 41B). La quatrième édition se démarque toutefois des versions antérieures pour entériner la thèse de la formation du contrat de vente dès que le prix est déterminable (H. DE PAGE, *Traité* par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 1997, tome IV, p. 96, note 1).
34. Cass., 21 septembre 1972, *Pas.,* 1973, I, 76.
35. Pour plus de précisions voy. L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,,* 2000, p. 265 ; L. SIMONT et J. DE GAVRE, " Examen de jurisprudence – Les contrats spéciaux ", *R.C.J.B.,* 1976, p. 368-369.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

nous, la portée de l'article 1592 aux conventions principales de vente. Pour la Cour, l'article 1592 ne peut trouver à s'appliquer aux conventions accessoires aux contrats de vente[36]. On ne voit néanmoins pas en quoi le caractère accessoire d'une vente ou d'une promesse de vente pourrait avoir une incidence sur les conditions de la déterminabilité du prix[37].

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour le 31 octobre 2008, les plaideurs auraient été bien inspirés de tenter d'invoquer l'arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 1972 qui, bien qu'isolé et fortement critiqué par la doctrine, limite l'application de l'article 1592 aux conventions principales de vente.

D. Dans le cas où les parties ont uniquement précisé qu'elles s'engageaient à désigner ultérieurement un tiers, la vente ne sera parfaite qu'au moment de la désignation[38].

On le voit, les hypothèses sont nombreuses. Dans l'affaire faisant l'objet du présent commentaire, la Cour évite de s'attarder sur la question de la formation du contrat de vente. Avec O. CAPRASSE, on peut estimer que, contrairement à une partie de la doctrine et à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 1972, lorsqu'un tiers individualisé dans la convention est chargé de fixer le prix de vente, la vente est immédiatement formée sans devoir attendre l'intervention de ce tiers[39].

III. Le tiers décideur au regard de l'article 1592 du code civil

6. Désignation du tiers décideur

L'article 1592 ouvre la possibilité pour les parties de laisser à un tiers, désigné par elles, le soin de fixer un élément essentiel du contrat de vente qui sera contraignant.

Qu'advient-il cependant si le tiers est désigné, non pas directement par les parties, mais par une autorité telle qu'un tribunal ou une personne morale de droit public, qui serait chargée de ce faire par lesdites parties ? Les travaux préparatoires laissent entendre que l'article 1592 ne serait applicable que dans l'hypothèse où le tiers serait nommé expressément par les parties elles-mêmes[40]. Dans son discours devant le corps législatif, GRENIER rapporte :

« qu'à défaut de loi positive à ce sujet, il s'élevait dans certains cas des difficultés qui embarrassaient les tribunaux. Cela arrivait si les parties au lieu de nommer directement le tiers qui devait faire l'estimation, avaient laissé cette nomination au choix d'un autre individu (…). Il fallait donc une règle positive à ce sujet, et tel a été l'objet de l'article. On sent qu'il importait de laisser le moins d'arbitraire possible sur le sort de la vente dont le prix était laissé à l'arbitrage d'un tiers. Les conditions nécessaires pour que dans ce cas la vente existe sont qu'il n'y ait qu'un tiers qui soit chargé de la fixation du prix (…) »[41].

Cette position doit toutefois être nuancée. Un arrêt de la cour d'appel de Gand[42] ainsi que de nombreux auteurs rejettent cette interprétation : l'article 1592 s'appliquerait également au tiers choisi par une autorité chargée de cette désignation par les parties au contrat. Un tiers pourrait donc, selon cette interprétation, être désigné d'office par

36. Cass., 21 septembre 1972, *op. cit.*

37. L. SIMONT et J. DE GAVRE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1976, p. 369-371 ; P.A. FORIERS, *op. cit., in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles,* 1984, p. 125.

38. L. SIMONT, op.cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 271.

39. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.

40. L. SIMONT et J. DE GAVRE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1976, p. 369 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.

41. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil,* tome XIV, Paris, Ducessoi, 1827, p. 186.

42. Gand, 25 avril 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 427. Voy. également dans le cadre de l'évaluation de parts sociales par un tiers désigné par une autorité tierce : Comm. Nivelles, 17 mars 1988, *R.D.C.*, 1991, p. 42, note L. HOSTE.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

le juge pour autant que cette faculté figure au contrat[43]. Rien n'est toutefois établi clairement en doctrine[44] et en jurisprudence[45]. A tout le moins, l'autorité devrait pouvoir refuser d'accomplir cette mission lorsqu'elle impliquerait la violation des règles d'ordre public liées à sa compétence[46]. L. SIMONT [47] suggère de régler la controverse par le recours à l'interprétation de la volonté des parties : les parties « ont-elles entendu faire de la personnalité de l'expert indirectement désigné par elles un élément de déterminabilité du prix ? ».

L'article 1592 trouverait également à s'appliquer aux contrats qui établissent une procédure de désignation d'un tiers[48] ou lorsque les parties prévoient simplement qu'elles désigneront ce tiers ultérieurement. Cette dernière réserve ne fait pas obstacle à l'application de l'article 1592[49].

7. Mission du tiers décideur

La mission du tiers consiste en la fixation du prix de la vente intervenue entre les parties au contrat. Cette appréciation doit se faire en équité[50].

Le tiers dispose des pouvoirs qui lui ont été conférés par la convention[51] et ne peut excéder la mission qui lui a été confiée conventionnellement par les parties. Il exerce sa mission selon les principes et règles de procédures fixées par les parties[52]. Ces règles peuvent être expresses ou tacites[53]. Leur non-respect peut avoir pour conséquence que la décision de tiers sera dépourvue de valeur obligatoire[54]. A défaut de dispositions conventionnelles, l'avis obligatoire serait, selon certains, soumis aux règles générales du droit commun des obligations[55].

En outre, le tiers est indépendant[56] des parties et n'est tenu qu'à une obligation de moyens[57].

L'exigence de motivation de la décision du tiers est sujette à controverse[58]. Dans l'arrêt du 18 septembre 1981[59], l'occasion de mettre un terme à la discussion ne fut malheureusement pas offerte par les demandeurs à la Cour de cassation.

---

43. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, tome V, 6e édition, Editions techniques SA, Paris, 1952, tome V, paragraphe 349, p. 16 ; P.A. FORIERS, *op. cit.*, *in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles,* 1984, p. 126.
44. Faculté dont doute F. LAURENT, *op. cit.*, 1887, p. 82, n° 75, bien que généralement admise (L. GUILLOUARD, *op. cit.*, 1904, p. 122 ; C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, 1952, paragraphe 349, p. 16 ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux,* Paris, Litec, 2004, p. 101).
45. Les décisions rendues en la matière sont rares. Voy. toutefois : Aix-en-Provence, 24 novembre 1977, *D.*, 1978, I.R., 332 rapporté par L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* 2000, p. 264. Cet arrêt qui refuse de reconnaitre à une autorité particulière le droit de fixer le prix de vente fut cassé par la Cour de cassation française (Cass. Fr. civ., 23 octobre 1979, *D.*, 1980, I.R., 226).
46. P.A. FORIERS, op. cit., in X. DIEUX, Les obligations contractuelles, 1984, p. 127 ; L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 264.
47. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 267-268.
48. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
49. L. GUILLOUARD, *op. cit.*, 1904, p. 120. Voy. pour plus de précisions sur les effets juridiques spécifiques d'une telle pratique : F. LAURENT, *op. cit.,* 1887, p. 83-85, et G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 1905-1909, p. 136-137.
50. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes; Comm. Courtrai, 4 décembre 1969, *R.W.*, 1972-1973, p. 919, rapporté par M. STORME, *op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.,* 1985, p. 313, n° 52.
51. Bruxelles, 29 décembre 1937, *Bull. ass.*, 1940, p. 131.
52. O. CAPRASSE, *op. cit.,* cette revue, 2003, p. 1371.
53. Gand, 25 avril 1974, *R.W.,* 1974-1975, col. 426 et suivantes.
54. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
55. M. STORME, *op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.,* 1985, n° 52.
56. S. MARYSSE, " Over (bindende) prijsbepaling door een derdebeslisser en schending van de bindende kracht van de overeenkomst (door de rechter) ", *R.G.D.C.*, 2010, p. 346.
57. P. MALAURIE, L. AYNES, *Les contrats spéciaux,* 3e édition, Paris, Defrénois, 2007, n° 204.
58. Voy. pour plus de précisions : O. CAPRASSE, *op. cit.*, cette revue, 2003, p. 1371 et suivantes.
59. Cass, 18 septembre 1981, *R.D.C.*, 1982, p. 557 et suivantes.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

O. CAPRASSE[60] rappelle qu'à l'heure actuelle aucun *consensus* n'existe sur la question : M. STORME et A. KASSIS estiment que l'exigence de motivation ne s'applique pas à la tierce décision obligatoire tandis que L. MATRAY la requiert sauf si les parties l'excluent expressément. Un arrêt de la cour d'appel de Liège[61] tranche d'ailleurs en faveur de l'exigence de motivation au motif que le caractère contraignant de la tierce décision obligatoire implique cette exigence à peine de nullité afin d'éviter l'arbitraire du tiers et de se conformer au respect des droits de la défense[62].

Une fois la mission du tiers décideur remplie, sa décision devient définitive[63] et lie les parties au contrat[64]. Seules les hypothèses explicitées *infra* n° IV permettront de prétendre à une remise en cause de ce caractère définitif.

Bien que l'article 1592 ne renvoie qu'à l'arbitrage d'un seul tiers, il semble que les parties soient autorisées à en désigner plusieurs[65]. Dans ce cas, chacun des tiers décideurs est tenu de respecter les principes susmentionnés.

8. Nature juridique de la « relation triangulaire »[66]

Il importe avant tout de « ne pas confondre la convention conclue entre le vendeur et l'acheteur au sujet du mode de fixation du prix et celle qui sera ultérieurement conclue entre ces parties et les tiers »[67].

Quant à la première de celles-ci, les auteurs s'accordent sans difficulté pour lui reconnaître la qualification de contrat de vente. Par contre, la question de la nature de la convention conclue entre les parties et le(s) tiers a déjà fait couler beaucoup d'encre. La première théorie avancée fut celle de la vente sous condition suspensive[68]. Elle n'est plus guère usitée aujourd'hui dès lors que l'existence d'un élément essentiel d'une convention ne saurait constituer une condition suspensive[69]. Actuellement, la majorité des auteurs voient dans l'article 1592 l'application du mandat commun (à savoir un mandat donné par les deux parties) dont l'opération juridique consiste en la détermination du prix[70].

---

60. O. CAPRASSE, *op. cit.*, cette revue, 2003, p. 1372-1373.
61. Liège, 26 juin 2002, cette revue, 2003, p. 1364 et suivantes.
62. En ce sens : Civ. Louvain, 22 janvier 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 154. Voy. également même si cet arrêt est moins explicite : Gand, 11 octobre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 237 note B. DE TEMMERMAN.
63. M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*,1956, p. 38, n° 38 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 272.
64. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 98 ; Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1400.
65. L. GUILLOUARD, *op. cit.*, 1904, p. 120 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 1905-1909, p. 134 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 1956, p. 37, n° 37 ; V. MACARDE, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, tome V, 5e édition, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852, p. 176.
66. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
67. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99.
68. F. LAURENT, *op. cit.*, 1887, p. 81 ; L. GUILLOUARD, *op. cit.*, 1904, p. 124 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 1905-1909, p. 134 ; C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, 1952, paragraphe 349, p. 17.
69. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 98 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 269.
70. M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 1956, p. 38, n° 37 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, tome X, Paris, librairie Cotillon, 1897, p. 58-59, n° 37 ; P.A. FORIERS, *op. cit.*, *in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 124 ; C. JARROSSON, *op. cit.*, 1984, n° 302 ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, n° 108 ; A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, 2004, n° 34 ; P. MALAURIE ; L. AYNES, *op. cit.*, 2007, n° 204 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, *Rép. not.*, 2008, p. 145. *Contra* : M. STORME (*op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.*, 1985, p. 310) qui estime que « 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 en situation de dépendance et l'oblige en outre, à rendre des comptes ».

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

La question de l'imbrication de ces deux conventions constitue la véritable pierre d'achoppement. H. DE PAGE soutient qu'un contrat de mandat vient se greffer sur le contrat de vente[71]. La vente ne se réaliserait alors qu'au moment où le mandataire accomplit sa mission et fixe le prix[72]. Cette analyse de H. DE PAGE n'est pas exempte de toute critique. Le recours combiné aux conventions de vente et de mandat ne permet pas de considérer la vente comme parfaite dès sa conclusion[73]. Il ne pourrait y avoir mandat au moment de la conclusion de la vente à défaut de consentement du mandataire[74]. Or, nous estimons la vente comme parfaite dès sa conclusion et ce, bien que le tiers n'ait pas encore accepté sa mission ni fixé le prix : la réalisation de la condition de déterminabilité du prix procède de la désignation même du tiers individualisé. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS confirme l'embarras des auteurs : dans la quatrième édition du traité de H. DE PAGE[75], elle estime, contrairement aux éditions précédentes, la vente parfaite dès l'accord sur la chose vendue et sur la désignation du tiers. Cet expédient ne nous convainc toutefois pas.

A l'instar de certains auteurs[76], nous préférons reconnaître à la tierce décision obligatoire, le véritable statut d'institution indépendante. Ainsi, les concepts existants ne permettent pas, selon nous, de circonscrire et révéler toutes les particularités propres à la tierce décision obligatoire. Faire glisser la tierce décision obligatoire dans une des qualifications juridiques existantes en étirant à l'excès les contours de ces institutions ne nous paraît pas constituer la solution opportune.

La jurisprudence belge fait état – sans toutefois en regorger – de différents cas d'application de la tierce décision obligatoire[77] dans des domaines variés et reconnait explicitement le concept[78].

Dans son arrêt du 31 octobre 2008, la Cour de cassation, bien qu'elle ne consacre pas explicitement le concept de « tierce décision obligatoire », mentionne à plusieurs reprises le terme de « tiers décideur ». Peut-on y déceler la volonté de la Cour de cassation de reconnaitre implicitement à l'article 1592 le véritable statut d'institution autonome ? Un pas vient, peut-être, d'être fait en ce sens …

IV. Les difficultés rencontrées dans le cadre de l'article 1592

9. Un panel de défaillances

Le mécanisme instauré par l'article 1592 n'est pas à l'abri d'un certain nombre de défaillances : refus du tiers d'exécuter sa mission, désaccord des parties quant à la désignation du tiers, vices de consentement, … La liberté contractuelle cède alors bien souvent le pas aux procédures judiciaires : le différend sera remis entre les mains d'un juge. Une question surgit : quels sont les pouvoirs du juge dans de telles hypothèses ?

---

71. H. DE PAGE, *Traité* par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 1997, tome IV, p. 96-98. Voy. aussi L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 263.
72. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome IV. *Les principaux contrats*, Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 41, p. 76.
73. Selon P.A. FORIERS, elle ne permet pas d'expliquer « la nature des relations existant entre parties avant la fixation du prix. Il ne saurait s'agir d'une vente puisque la vente n'est pas formée » (P.A. FORIERS, *op. cit.*, *in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 128).
74. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99 ; M. STORME, *op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.*, 1985, p. 310 ; P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, 2000, p. 64.
75. H. DE PAGE, *Traité* par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 1997, tome IV, p. 96 note (1).
76. M. STORME, *op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.*, 1985, p. 290 et 310 ; P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, 2000, p. 63.
77. J.P. Bouillon, 1er juin 1971, *J.L.*, 1973-1974, p. 143 ; Comm. Courtrai, 4 décembre 1969, *R.W.*, 1972-1973, cités par M. STORME, *op. cit.*, *Rev. dr. int. comp.*, 1985, p. 312 et suivantes.
78. Liège, 26 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 770. Voy. aussi pour l'appellation « *derdenbeslissing* » : Anvers, 7 juin 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 1471.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

10. Les parties ne s'accordent pas sur le nom d'un tiers

Les parties, lorsqu'elles sont convenues qu'elles désigneraient ultérieurement le tiers décideur, peuvent ne plus s'entendre au moment de procéder à cette désignation. Lorsque survient un blocage dans le choix du tiers, on retient traditionnellement à charge de la partie qui refuse de procéder à la nomination, la violation d'une de ses obligations contractuelles[79]. Afin d'obtenir réparation, les conditions de la responsabilité contractuelle devront être établies. Cela ne suscite guère de problèmes lorsqu'une seule des parties est tenue d'opérer ce choix ou lorsque chacune des parties doit désigner un tiers et que l'une d'elles ne s'y conforme pas[80]. Les difficultés surgissent cependant lorsque les deux parties ne parviennent pas à s'entendre sur la personne du tiers à nommer. A titre d'exemple, ne serait pas exempt de faute le fait pour une partie de refuser catégoriquement et sans raison tous les noms proposés par son cocontractant[81]. On pourrait également considérer comme fautif le comportement d'une des parties qui consisterait à ne proposer qu'un seul et unique tiers duquel on peut douter de l'impartialité.

La doctrine majoritaire soutient que la sanction de l'inexécution d'une obligation de faire, à savoir, dans le cas qui nous occupe, l'obligation de désigner un tiers, se résout en des dommages et intérêts conformément à l'article 1142 du code civil[82]. L'opinion dominante en la matière est la suivante : le juge ne pourra se substituer aux parties afin de désigner un tiers décideur[83]. Son pouvoir sera limité au prononcé d'une condamnation de la partie défaillante à des dommages et intérêts[84]. Cette solution sera toutefois nuancée ultérieurement dès lors qu'il y a lieu de reconnaitre au créancier le droit d'obtenir la condamnation de son cocontractant à exécuter en nature l'obligation contractuelle[85] (voy. *infra* n° 19).

Quant au sort du contrat de vente en pareilles circonstances, il variera selon les faits du litige dont le juge a à connaître.

Si les éléments de calcul du prix figurent dans le contrat, la vente, parfaite au moment de la conclusion du contrat, deviendra caduque en raison de la disparition d'un de ses éléments essentiels, à savoir le prix[86]. Par contre, dans l'hypothèse où ces éléments ne sont pas déterminés, il ne peut y avoir eu vente parfaite[87] et la vente sera considérée comme n'ayant jamais été formée, la désignation du tiers s'étant révélée impossible.

Un arrêt isolé en la matière rendu par la cour d'appel de Gand le 25 avril 1974[88] mérite l'analyse. Il est prévu contractuellement que la valeur d'un bien, objet de la

---

79. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
80. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
81. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
82. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99, n° 173 ; H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Principaux contrats. Vente et échange*, tome 3, 2e volume, Paris, Montchrestien, 1984, p. 148 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *Les principaux contrats usuels*, vol. 1, 4e édition, par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 99.
83. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99, n° 173 (« à moins que la convention ne prévoie que cette nomination sera faite par le tribunal ») ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *Les principaux contrats usuels*, vol. 1, 4e édition, par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 99 ; A. CHRISTIAENS, *op. cit.*, *in* X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2009, p. 5.
84. L. GUILLOUARD, *op. cit.*, 1904, p. 121 ; P. HARMEL, *op. cit.*, 1985, p. 175 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 271 ; P. MALAURIE ; L. AYNES, *op. cit.*, 2007, n° 205.
85. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 89. Voy. également : Civ. Bruges, 28 septembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 1305.
86. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
87. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
88. Gand, 25 avril 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 426 et suivantes.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

vente, sera déterminée soit par un expert désigné mutuellement, soit, à défaut, par un expert désigné par le juge de paix. Le juge de paix, saisi par une des parties, procède à la désignation d'un expert conformément aux stipulations contractuelles. Le rapport que rend l'expert est toutefois contesté par l'autre partie au contrat de vente qui estime avoir été lésée dans ses droits. L'affaire remonte alors jusqu'en degré d'appel où la cour, reconnaissant le vice de forme dont était entachée l'estimation de l'expert, nomme un nouvel expert afin de procéder à l'évaluation du bien litigieux. Cet arrêt laisse perplexe. En effet, bien qu'il soit généralement admis qu'en présence de stipulations contractuelles autorisant le juge à nommer un tiers, le juge puisse se substituer aux parties, il reste néanmoins proscrit qu'un juge, dans le cadre d'un litige, procède lui-même à la désignation d'un tiers décideur.

Une partie de la doctrine prône toutefois le changement. J.-B. DUVERGIER[89] soutenait déjà au 19e siècle que les tribunaux pouvaient faire application du mécanisme de la substitution pour désigner un tiers décideur. Par analogie avec l'arbitrage conventionnel, ou encore avec les anciennes dispositions relatives à l'arbitrage forcé, il estimait que les tribunaux « sont autorisés à désigner l'expert chargé d'apprécier la chose vendue, lorsque le vendeur ou l'acheteur qui s'est engagé à en nommer un, s'obstine à ne pas faire ce choix »[90]. J.-B. DUVERGIER qualifiait d'antisociale la doctrine « qui proclame l'inefficacité des conventions, et qui tolère devant les tribunaux, frappés d'impuissance, ce langage effronté : oui, j'ai consenti à une vente, j'en ai désigné l'objet, j'ai promis de m'en rapporter, pour la fixation du prix, à l'appréciation d'arbitres, qui seraient nommés par moi et par l'autre partie ; et bien, je manque à mon engagement, et j'y manque parce qu'il m'y plait d'y manquer »[91]. L'exigence de la bonne foi qui s'impose aux parties au contrat rejaillit implicitement de pareils propos. H. DE PAGE se fonde, pour sa part, sur la théorie du jugement tenant lieu d'acte. Il soutient que, de même qu'en matière de promesse unilatérale de contrat, le créancier de l'obligation peut « conclure à ce que le débiteur soit condamné à passer l'acte[92], et même, en cas de refus, à ce que le jugement tienne lieu d'acte »[93].

11. Le tiers ne veut ou ne peut pas fixer le prix

Lorsque le tiers n'a pu remplir sa mission, la loi dispose qu'il n'y a point vente à moins qu'un autre tiers ne soit désigné de commun accord[94]. Classiquement, cette nullité se justifiait par la défaillance de la condition suspensive du contrat. Cette interprétation est néanmoins actuellement contestée. Elle apparaît désuète. La tendance aujourd'hui est à la caducité : le prix de la vente étant indéterminable, une des obligations essentielles du contrat de vente, à savoir payer le prix, devient caduque et entraîne par conséquent la caducité de la vente elle-même[95] [96].

---

89. C.-B-M. TOULLIER, J.-B. DUVERGIER, Le droit civil français, suivant l'ordre du code ; ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique, Paris, Jules Renouard, 1835, p. 181-185.
90. C.-B-M. TOULLIER, J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, 1837, p. 183.
91. C.-B-M. TOULLIER, J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, 1837, p. 185.
92. Passer l'acte reviendrait, dans le cadre de l'article 1592, à procéder à la désignation du tiers.
93. H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge. Tome II : Les incapables. Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 1964 p. 506, n° 513.
94. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99, n° 174.
95. P.A. FORIERS, " L'objet et la cause du contrat ", *in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 129 ; P.A. FORIERS, " Observation sur la caducité des contrats par disparition d'un élément essentiel à leur formation ", *R.C.J.B.*, 1987, p. 91 et suivantes, n° 16 et suivants ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 278 .
96. Dans le cadre de l'article 1592, la caducité aura des effets similaires à ceux de la nullité rétroactive (P.A. FORIERS, *op. cit., in* X. DIEUX, *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 129).

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

Conformément à cette interprétation, il ressort que, confronté à un tiers qui ne peut ou ne veut fixer le prix, le contrat deviendra caduc en raison de la disparition de l'objet d'une de ses obligations essentielles.

La même interprétation prévaut lorsque plusieurs tiers ayant été désignés, ceux-ci ne peuvent se mettre d'accord sur le prix et qu'aucune procédure n'a été prévue afin de les départager[97].

Qu'en est-il des pouvoirs du juge confronté à un tiers qui ne veut ou ne peut fixer le prix ? Tant en Belgique qu'en France, la jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le fait que le juge ne pourra procéder au remplacement de l'expert ou fixer lui-même le prix[98].

12. Erreur grossière du tiers

Dans notre ancien droit, seule l'estimation erronée qui résultait d'une erreur grossière des experts ou d'une décision inique était susceptible d'être attaquée[99]. Par la suite, certains auteurs se montrèrent encore plus restrictifs. A titre d'exemple, F. LAURENT rejetait les cas d'iniquité et d'erreur manifeste comme cause d'annulation[100]. Quant à L. GUILLOUARD , il ne reconnaissait que deux causes de nullité : d'une part, l'estimation erronée et empreinte de mauvaise foi qui serait constitutive de dol et, d'autre part, la lésion de plus de sept douzièmes en matière d'immeubles sur la base des articles 1674 et suivants du code civil[101]. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1966[102], l'exception est désormais consacrée et ne semble pas prêter le flanc à la critique. Dans son arrêt, la Cour déclare que :

« Attendu, certes, que, l'auteur des défendeurs et le demandeur ayant fait leur loi de la convention légalement formée entre eux le 30 mai 1959, ces parties non plus que le juge ne pourraient, sans donner à celle-ci des effets différents de ceux qui ont été voulus par les contractants, modifier les estimations faites par le tiers ; que, toutefois, il est fait exception à ce principe, *notamment* (nous soulignons) dans le cas où le tiers a commis une erreur grossière dans son estimation ».

Malheureusement, elle ne donne aucune définition de l'erreur grossière. VIANDIER[103] la définit comme l'« erreur qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre » tandis que GAUTIER[104] fait référence à « l'inéquité manifeste » de l'évaluation. L. SIMONT[105], face à ces deux définitions guère conciliables, opte pour le critère de l'inéquité manifeste. Il estime que le caractère déraisonnable de l'évaluation doit présider à l'appréciation de l'erreur grossière.

---

97. O. CAPRASSE, *op.cit*., *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.
98. L. GUILLOUARD, *op. cit*., 1904, p. 119, n° 98 ; C. AUBRY et C. RAU, *op. cit*., 1952, paragraphe 349, note 30 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit*., 1956, p. 40, n° 39 ; J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit*., 1960, p. 99, n° 174 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge* , tome IV, *Les principaux contrats usuels*, vol. 1, 4e édition, par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 99 ; A. CHRISTIAENS, *op. cit*., *in* X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2009, p. 13.
99. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente : selon les règles tant du* for *de la conscience que du* for *extérieur*, par M. BERNARDI, Paris, Letellier, 1806, n° 24, p. 13-14 ; C. AUBRY, C. RAU, *op. cit*., 1952, paragraphe 349, p.16.
100. F. LAURENT, *op. cit*., 1887, p. 88.
101. L. GUILLOUARD, *op. cit*, 1904, p. 127.
102. Cass., 30 juin 1966, *Pas*., 1966, I, 1400-1404.
103. Cass. fr. comm. 4 novembre 1987, *J.C.P.*, 1988, II, n° 21.050, note VIANDIER cité par L. SIMONT, *op. cit*., in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 275.
104. Cass. Fr. comm., 9 avril 1991, *R.T.D. Civ*., 1992, p. 133, obs. GAUTIER cité par L. SIMONT, *op. cit*., in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 275.
105. L. SIMONT, *op. cit*., in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 276. La cour d'appel d'Anvers dans son arrêt du 9 novembre 2005 (cette revue, 2006, p. 1514) impose au juge, dans le cadre de sa mission de contrôle du contenu de la décision rendue par le tiers décideur, de vérifier si ce dernier n'a pas violé son obligation d'impartialité.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

13. Contrat de vente entaché d'un vice de consentement

On enseigne traditionnellement que la validité de la convention de vente peut être remise en cause sur la base des vices de consentement[106]. Le juge est admis à modifier les estimations faites par le tiers pour autant que la convention soit entachée d'erreur, de dol ou de violence. Les vices de consentement ne sont toutefois jugés relevants que lorsqu'ils affectent la volonté des parties à la vente et non celle du tiers[107]. L. SIMONT et J. DE GAVRE estiment que la décision du tiers décideur pourrait également être écartée lorsque son avis est entaché d'un vice du fait d'une des parties contractantes[108].

Nous analyserons donc dans cette étude les différents vices de consentement reconnus par le code civil.

Le dol exercé par l'une des parties permet à l'autre partie d'invoquer la nullité du contrat[109]. Il en est de même pour la violence. Cependant, l'erreur sur la valeur ne constituant pas une cause d'annulation du contrat, elle ne peut être retenue pour poursuivre l'annulation de la vente[110]. La majorité des auteurs[111] prétendent toutefois que si c'est le tiers qui commet une erreur manifeste (voy. *supra* n° 12), cette dernière peut entraîner la nullité de la vente.

Si l'on admet volontiers que la violence d'un tiers puisse donner lieu sans contestation à l'annulation du contrat de vente (article 1111 du code civil), la question du dol d'un tiers et particulièrement le dol du tiers décideur est plus complexe[112]. Lorsque le dol est imputable non seulement au tiers décideur mais aussi à une des parties contractantes, on concède facilement qu'il pourra entrainer l'annulation du contrat. L'hypothèse du dol commis par le tiers décideur seul et ayant vicié le consentement d'une des parties est cependant tout autre. En effet, comme le rappelle P. WÉRY, « le texte de l'article 1116 indique clairement que les tromperies qui seraient le fait de tiers ne sont pas cause de nullité de la convention »[113]. Partant, le dol émanant d'un tiers ne peut donner lieu qu'à un recours en dommages et intérêts contre ce dernier si l'on s'en tient rigoureusement aux principes énoncés dans le code civil. Il existe cependant des exceptions à l'exclusion du dol du tiers[114]. On considère généralement que le dol commis par le représentant d'une des parties peut donner lieu à l'annulation du contrat[115]. Quant à savoir si le dol commis par le tiers décideur entre dans le champ de cette exception, la prudence est de mise. L. SIMONT[116] prétend que, dans cette hypothèse, la partie contractante victime pourra se prévaloir du dol pour obtenir l'annulation du contrat. Cette interprétation ne nous semble pas correcte et ne pourra être suivie que dans l'hypothèse où le dol a provoqué dans le chef de celui qui en a

---

106. L. SIMONT, *op. cit.,* in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* 2000, p. 276 ; O. CAPRASSE, *op. cit.,* cette revue, 2003, p. 1372 ; D. MOUGENOT *op. cit.*, *Rép. not.*, 2008, p. 146.
107. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 276.
108. L. SIMONT et J. DE GAVRE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1969, p. 544, n° 6. G. BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT estiment, quant à eux, que lorsque l'avis d'un tiers est vicié par un fait qui aurait été de nature à entacher le consentement des parties d'un vice au cas où elles auraient dû fixer le prix, l'annulation de la vente pourrait être invoquée (G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 1905-1909).
109. M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.,* 1956, p. 38, n° 38 ; J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99.
110. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 277.
111. C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, 1952, paragraphe 349, p. 17, note 30 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.,* 1956, p. 38, n° 38 ; J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 99.
112. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 277.
113. P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 229.
114. Citons, à titre d'exemples, la nullité des libéralités entachées de tromperies causées par un tiers, le dol commis par le représentant d'une des parties (P. WÉRY, *op. cit.*, 2010, p. 229-230).
115. P. WÉRY, *op. cit.*, 2010, p. 229-230.
116. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 277.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

été victime une erreur suffisamment substantielle justifiant, à elle seule, l'annulation du contrat[117].

Quel sera alors le pouvoir du juge lorsqu'il constate un vice de consentement ? Pourra-t-il fixer lui-même un prix ou désigner un ou plusieurs experts afin de substituer un nouveau prix au prix ancien ? La majorité de la doctrine[118] ainsi que la jurisprudence[119] s'opposent à pareille substitution dès lors que le prix serait alors fixé par des personnes qui n'ont pas été choisies par les parties. Le juge n'a de choix que de prononcer la nullité du contrat.

14. Excès de pouvoir, prix manifestement déraisonnable

Il appert de la doctrine et de la jurisprudence que la décision du tiers peut également être remise en cause lorsque le tiers dépasse sa mission[120] ou ne tient pas compte des éléments et règles[121] fixés par les parties. L'arrêt annoté s'inscrit dans cette hypothèse.

Cette exception au principe suivant lequel la décision du tiers est obligatoire semble trouver son origine dans la nature de la mission du tiers. Pour les partisans de la théorie du tiers mandataire commun des parties, cette exception fait écho aux articles 1989 et 1998 du code civil suivant lesquels le mandataire ne peut agir au-delà des limites de son mandat à moins que les parties ne ratifient l'évaluation faite malgré le dépassement de pouvoir[122].

Certains rappellent qu'une décision manifestement déraisonnable[123] ou entachée d'une erreur grossière[124] (voy. *supra* n° 12) peut également être écartée notamment sur la base de l'exécution de bonne foi des conventions[125]. Notre préférence va au fondement de l'article 1134, alinéa 3, du code civil[126] dans la mesure où nous ne pouvons reconnaitre au tiers décideur le statut de mandataire commun des parties (voy. *supra* n° 8).

Dans l'affaire qui fait l'objet de ce commentaire, la Cour de cassation dut se prononcer sur le respect, par le tiers décideur, de la mission qui lui avait été confiée. A lire l'arrêt entre les lignes, la Cour reconnaît une des exceptions au principe suivant lequel la décision du tiers est obligatoire pour les parties. Elle admet que cette décision puisse être contestée lorsque le tiers ne tient pas compte des éléments et règles fixés par les parties sur la base du principe de la convention-loi de l'article 1134, alinéa premier (et non, comme on aurait pu l'imaginer, sur la base de l'article 1134, alinéa 3, à savoir l'exécution de bonne foi des conventions). Nul besoin ainsi pour la Cour de cassation de justifier ce principe par le recours contesté au contrat de mandat et à l'excès de pouvoir.

---

117. P. WÉRY, *op. cit.*, p. 230.

118. L. GUILLOUARD, *op. cit.*, 1904, p. 129 ; P. HARMEL, *op. cit.*, 1985, p. 174-178.

119. Gand, 29 septembre 1959, *J.T.*, 1959, p. 688 ; Cass. française, 25 avril 1952, *Sem. Jur.*, 1952, J, 7181, E. BECQUE ; M. GEVERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1956, p. 292.

120. M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 1956, p. 38, n° 38 ; Anvers, 9 novembre 2005, cette revue, 2006, p. 1514.

121. Bruxelles, 20 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 106 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, cette revue, 2003, p. 1381 ; S. MARYSSE, *op. cit.*, 2010, p. 350.

122. L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 274 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 1905-1909 p. 141.

123. O. CAPRASSE, *op. cit.*, cette revue, 2003, p. 1372 ; Bruxelles, 18 juin 207, *T.R.V.*, 2009, p. 291 ; D. MOUGENOT *op. cit.*, *Rép. not.*, 2008, p. 146 ; Civ. Louvain, 9 juillet 1991, *R.W.*, 1993, p. 336.

124. C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, 1952, paragraphe 349, p. 17, note 30 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 1956, p. 38, n° 38 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 274-275 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, cette revue, 2003, p. 1372 ; P. MALAURIE ; L. AYNES, *op. cit.*, 2007, n° 205.

125. O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 565 et suivantes.

126. Voy. Anvers, 9 novembre 2005, cette revue, 2006, p. 1514.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

Dans certains cas exceptionnels, la faute du tiers pourrait être rapportée devant les tribunaux[127] [128]. Il restera néanmoins un obstacle à surmonter : dès lors que la vente est frappée de caducité, les parties ne subissent pas de réel préjudice pour lequel elles pourraient postuler la condamnation du tiers au paiement de dommages et intérêts[129]. Encore que, selon L. SIMONT, l'on pourrait envisager réparation pour la perte d'une chance, celle de réaliser l'opération à un moment précis et à des conditions non critiquables[130].

Force est toutefois de constater qu'à l'heure actuelle, il n'existe toujours aucune trace de procès en responsabilité dirigé contre un tiers décideur[131].

15. Défaut d'indépendance du tiers

Le tiers doit être indépendant des parties[132]. La notion même de tiers ainsi que la confiance que témoignent les parties au tiers du fait de sa désignation impliquent cette indépendance[133]. La Cour de cassation française[134] a ainsi affirmé qu'à défaut d'indépendance la partie victime pouvait contester la fixation du prix dès lors que la désignation du tiers était nulle.

V. Vers une extension des pouvoirs du juge dans certaines hypothèses de blocage ?

16. Absence de pouvoir du juge

Dans le cadre des six hypothèses explicitées ci-dessus, l'article 1592 semble exclure la possibilité pour le juge de désigner lui-même un autre tiers décideur[135], voire pour les tribunaux d'arrêter eux-mêmes le prix que le tiers n'a pas pu fixer[136]. Le juge ne peut pas non plus substituer son appréciation à la décision d'un tiers[137].

---

127. L. SIMONT limite toutefois l'engagement de la responsabilité du tiers à des cas exceptionnels (L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 281).

128. La responsabilité extracontractuelle du tiers ne pourra toutefois être engagée que conformément aux principes prétoriens du concours de responsabilité. Voy. à ce sujet : Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, " De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid : een koerswijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie ", *N.j.W.*, 2006, p. 946, note I. BOONE, " Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid verfijnd ", *T.B.O.*, 2007, p. 66, note K. VAN HOVE ainsi que P. WÉRY, " L'option des responsabilités entre parties contractantes ", *in* S. STIJNS, P. WÉRY (éds), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, La Charte, 2010, p. 233-245.

129. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 281.

130. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 281.

131. Constat déjà opéré en 2000 par L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 281.

132. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, n° 100 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 263 et 273 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, 2007, n° 204 ; S. ZEGERS, note sous Cass., 21 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 43. Voy. aussi B. TILLEMAN, " Het minnelijk deskundigeonderzoek ", *in* G. DE LEVAL, B. TILLEMAN, *L'expertise judiciaire. Le rôle de l'expert-comptable et de conseil fiscal*, Brugge, Die keure, Bruxelles, La charte, 2003, p. 170.

133. L. SIMONT, op. cit., in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 273.

134. Cass. fr. civ., 2 décembre 1997, *Rev. (F) soc.*, 1998, p. 337, note RANDOUX rapportée par L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 273.

135. J. CARBONNIER, " Contrats spéciaux. Vente ", *R.T.D.C.*, 1952, p. 515. Cass française, 25 avril 1952, *Sem. Jur.*, 1952, J, 7181, E. BECQUE ; R.T. TROPLONG, *Le droit privé civil expliqué suivant l'ordre du code. De la vente*, Bruxelles, Société typographique belge, 1841, p. 98.

136. F. LAURENT, *op. cit.*, 1887, p. 82 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 1956, p. 40 ; H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Principaux contrats. Vente et échange*, tome III, 2e volume, Paris, Montchrestien, 1984, p. 139-140 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, p. 278 ; Cass française, 25 avril 1952, *Sem. Jur.*, 1952, J, 7181, Emile BECQUE.

137. Bruxelles, 27 mai 1992, *J.T.*, 1993, p. 109 ; Civ. Louvain, 22 janvier 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 154 ; Civ. Liège, 3 juin 2003, cette revue, 2003, p. 1377 ; S. MARYSSE, *op. cit.*, 2010, p. 344-345.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

Un arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1966[138] pourrait cependant être interprété comme permettant une telle substitution en cas d'erreur grossière du tiers. Les rédacteurs du sommaire paru à la *Pasicrisie* mentionnent trois arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation de France qui semblent favorables, dans des circonstances exceptionnelles, à la fixation du prix par le juge[139]. Le doute reste cependant permis.

La majorité de la doctrine considère que cette possibilité ne serait ouverte qu'au cas où elle aurait été prévue dans le contrat[140].

Dans son arrêt du 31 octobre 2008, la Cour condamne expressément la substitution du juge. Ce dernier ne peut se substituer au tiers décideur en déterminant lui-même la valeur des actions sur la base des critères fixés par les parties. La Cour casse, par conséquent, l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers pour violation de l'article 1134 du code civil et confirme ainsi les principes traditionnels suivant lesquels l'article 1592 semble exclure la possibilité pour les cours et tribunaux d'arrêter eux-mêmes le prix que le tiers n'a pas pu fixer ou a mal fixé.

17. Vers une substitution du juge

Dans notre système juridique, les parties sont maîtresses du procès en matière civile. Cet impératif est dicté par le respect du principe dispositif. Toutefois, la tendance est à un rôle plus actif du juge civil. Peu à peu, le système belge évolue et les archaïsmes procéduraux sont supprimés afin d'éviter les pertes de temps et de faciliter la recherche d'une solution au litige.

La mission finale du juge consiste à fournir une véritable solution au litige auquel il est confronté. Au regard de l'évolution du rôle du juge dans nos sociétés modernes, il serait opportun de repenser la question de l'office du juge et plus spécifiquement de s'interroger sur la possibilité d'une éventuelle substitution du juge aux parties en recourant, au besoin, au « jugement tenant lieu d'acte ».

18. Position de la doctrine

P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD[141] mettent en exergue les possibilités d'évolution en la matière. Ils relèvent que « les auteurs ne se montrent pas hostiles à une certaine évolution du rôle du juge à cet égard » et ajoutent que « le souci, général à notre droit, de faveur pour le contrat milite également en ce sens ».

En outre, une partie – minoritaire il est vrai – de la doctrine se montre encline à offrir la possibilité aux juges de se substituer au tiers décideur ou d'ordonner une expertise[142] lorsque les éléments de base du calcul du prix sont présents dans la convention conclue entre parties[143].

A. BENABENT considère, à ce sujet, que la jurisprudence pourrait évoluer en ce sens que « la bonne foi devrait présider à l'exécution des conventions (article 1134, alinéa 3) et qu'une partie ne saurait, sans mauvaise foi, paralyser le mécanisme de fixation du prix qu'elle a elle-même accepté, en vue de renier la vente »[144].

---

138. Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1400.
139. Voy. pour plus de précisions : L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* 2000, p. 279.
140. M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, 1956, p. 40 ; L. SIMONT, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* 2000, p. 280 . Voy. aussi : Cass française, 25 avril 1952, *Sem. Jur.*, 1952, J, 7181, E. BECQUE.
141. P.H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux,* Paris, Litec, 2004, p. 101.
142. J. LIMPENS, J. HEENEN, J. MATTHYS, E. GUTT, J. VAN DAMME, *op. cit.*, 1960, p. 98.
143. R. VANDEPUTTE, *Overeenkomsten*, deel II, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1981, p. 11.
144. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, 2004, n° 33.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

M.-E. PANCRAZI-TIAN[145] s'est également interrogée sur les problèmes de l'intervention créatrice du juge au regard de l'article 1592 du code civil. D'une part, le souci de loyauté contractuelle, qui impliquerait, d'après elle, la conservation du caractère contraignant de l'accord de volonté, devrait permettre la désignation judiciaire d'expert en cas de refus, par une des parties, d'entamer les discussions ou de conduire de bonne foi les négociations relatives à la désignation d'un expert[146]. D'autre part, l'auteur souligne l'admission par la Cour de cassation française de la contestation de la validité de la décision du tiers décideur[147].

19. La condamnation du débiteur à l'exécution en nature de ses obligations

L'article 1142 ainsi que le jugement tenant lieu d'acte offrent une véritable opportunité à saisir en cas de non-exécution par le tiers décideur ou par une partie de son obligation de faire. La relecture des articles 1142 à 1144 du code civil de P. WÉRY[148] plaide d'ailleurs en ce sens.

Avant d'approfondir la question, il est nécessaire, comme le souligne P. WÉRY, de distinguer la condamnation du débiteur et les suites à donner à cette inexécution parmi lesquelles figure l'exécution forcée en nature[149]. Les termes « inexécution de la part du débiteur » présents dans l'article 1142 ne désignent que la désobéissance par le débiteur au jugement qui l'a condamné à s'exécuter en nature[150].

Conformément à l'interprétation susmentionnée et contrairement à ce qu'enseignent encore certains auteurs français[151], il y a donc lieu de reconnaitre au créancier le droit d'obtenir la condamnation de son cocontractant à exécuter en nature l'obligation contractuelle[152]. Peu importe qu'il s'agisse d'une obligation de *dare*, de *facere* ou de *non facere* ou encore que l'obligation du débiteur lui soit ou non personnelle[153]. Ces condamnations pourraient, le cas échéant, être assorties d'une astreinte[154]. La condamnation du débiteur à s'exécuter en nature, et ce sous astreinte, conformément aux articles 1385*bis* à 1385*nonies*, renforcera l'effectivité de la décision[155]. Le débiteur de l'obligation, sous la menace pécuniaire de l'astreinte, n'aura généralement d'autre choix que de se conformer à la décision intervenue.

Dans le cadre de l'article 1592 du code civil, le créancier d'une obligation de faire, à savoir le cocontractant de la partie qui refuse de procéder à la désignation du tiers, pourrait solliciter devant le juge la condamnation en nature de son débiteur à procéder à la désignation[156]. L'adage « *Nemo potest praecise cogi ad factum* » ne s'en trouve en rien ébranlé dès lors qu'il n'existe aucune contrainte physique dans le simple fait pour le juge de rappeler le débiteur à ses devoirs, en le condamnant à

---

145. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, p. 56 et suivantes.

146. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, n° 108.

147. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, n° 109.

148. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 195 et suivantes ; P. WÉRY, *op. cit.*, 2010, p. 440-442 .

149. M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de), Les sanctions de l'*inexécution* des obligations contractuelles : études de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 207.

150. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 91.

151. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations,* vol. 1, 9e édition, Paris, A. Colin, 2000, p. 28.

152. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 89.

153. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 89.

154. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 255-258 ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, n° 104.

155. En vertu de l'article 1385*bis*, alinéa 2, l'astreinte ne peut toutefois être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent, ni en ce qui concerne les actions en exécution de contrats de travail.

156. M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de), *op. cit.*, 2001, p. 212.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

s'exécuter en nature. La liberté du débiteur n'est pas mise en péril[157]. Comme on vient de le voir, le créancier de l'obligation pourra également solliciter que la condamnation principale soit assortie d'une astreinte. Les dommages et intérêts ne seront donc prévus qu'à titre subsidiaire pour le cas où le débiteur refuse de se conformer à la condamnation intervenue[158].

Force est toutefois d'admettre que cette condamnation en nature[159] ne pourrait trouver application dans l'hypothèse où le tiers ne peut ou ne veut fixer le prix de vente. En effet, la caducité du contrat fait obstacle à toute condamnation à s'exécuter en nature. Le contrat étant devenu caduc, les obligations créées par lui n'ont plus lieu d'être.

20. La théorie du jugement tenant lieu d'acte dans l'hypothèse où une partie refuse de procéder à la désignation du tiers

Une des voies d'exécution existant en matière d'obligations contractuelles consiste à obtenir un jugement tenant lieu d'acte. Ce procédé est ainsi souvent utilisé en jurisprudence afin de délivrer au créancier l'*instrumentum* d'un contrat dont l'existence est reconnue[160]. H. DE PAGE soutient d'ailleurs que le jugement tenant lieu d'acte s'applique en principe à tout contrat dont la formation est un fait juridique susceptible d'être constaté par le juge sans intervention des parties[161]. La jurisprudence va même encore plus loin et recourt à ce procédé afin d'émettre un acte de volonté en lieu et place du débiteur et s'y substituer[162].

Reste à déterminer s'il serait envisageable de recourir à ce procédé en cas de non-exécution par une des parties au contrat d'une obligation de faire. Par exemple, lorsqu'une des parties à un contrat de vente pour lequel il a été convenu qu'un tiers serait désigné afin de procéder à l'évaluation du prix, refuse d'effectuer cette désignation, le créancier de cette obligation de faire pourrait-il invoquer le bénéfice du jugement tenant lieu d'acte ? Le juge pourrait-il statuer en ce sens qu'à défaut d'exécution volontaire de la condamnation intervenue, sa décision tiendra lieu d'acte du débiteur ou le créancier doit-il se satisfaire uniquement de dommages et intérêts ?

Le code reste lacunaire à cet égard. P. WÉRY soutient que « pareil procédé ne peut se concevoir que si l'on a affaire à un acte dont la réalisation ne nécessite pas la participation personnelle du débiteur »[163]. Le critère pertinent en la matière rejoint la notion d'obligation personnelle. Une obligation n'est pas personnelle au débiteur lorsqu'elle porte sur une « prestation fongible, interchangeable qui (peut) être accomplie sans le concours obligé du débiteur récalcitrant »[164]. Pour peu que l'obligation ne soit pas personnelle au débiteur, il n'est, pensons-nous, pas contraire aux articles 1142 et suivants du code civil d'invoquer le bénéfice du jugement tenant lieu d'acte afin de pallier certaines difficultés soulevées notamment par l'article 1592. Ainsi, la désignation d'un tiers décideur ne tombe pas sous le coup de la notion d'obligation personnelle. En effet, il nous semble, en nous fondant entre autres sur les propos tenus par

---

157. M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de), *op. cit.*, 2001, p. 174.
158. P. WÉRY, *op. cit.*, 2010, p. 465-469.
159. Condamnation assortie au besoin d'un jugement tenant lieu d'acte.
160. P. WÉRY, *op. cit.*, 2010, p. 461.
161. H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge. Tome II : Les incapables. Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 506, n° 513.
162. Cass., 8 juin 1849, *Pas.*, 1850, I, 81, et Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, 567, explicités par P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 120.
163. P. WÉRY, *op. cit*, 1993, p. 125. Voy. également M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de), *op. cit.*, 2001, p. 186.
164. P. WÉRY, *op. cit*, 1993, p. 126.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

M.-E. PANCRAZI-TIAN[165], que les considérations qui amènent à la désignation du tiers ne sont généralement pas purement personnelles et relèvent bien plus des compétences techniques de l'intéressé. Le juge pourrait ainsi, par la désignation d'un tiers fondée sur la théorie du jugement tenant lieu d'acte et dans le respect scrupuleux des textes du code civil, accomplir sa mission fondamentale : fournir aux justiciables une véritable solution à leur litige.

La théorie du jugement tenant lieu d'acte n'est toutefois pas la panacée. Ainsi, elle n'aurait pu trouver application dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 31 octobre 2008. En effet, elle suppose l'inexécution par le débiteur de son obligation de faire et sa condamnation à s'exécuter en nature. Ce procédé ne présente donc guère d'intérêt en matière d'exécution fautive par le débiteur de son obligation de faire.

Une autre approche aboutissant à un résultat similaire mérite également l'attention. M.-E. PANCRAZI-TIAN juge « parfaitement concevable de reconnaître au juge le pouvoir de se substituer à la partie défaillante, soit pour procéder directement à la désignation qui était requise d'elle, soit même pour se présenter comme l'interlocuteur du cocontractant afin de négocier la désignation d'un mandataire commun. Ce genre d'intervention apparaîtrait comme une forme de réparation en nature et serait bien plus satisfaisante pour le cocontractant que ne pourrait l'être l'indemnité pécuniaire »[166]. Un nouveau recours à ce *Deus ex machina* qu'est devenue la réparation en nature[167].

21. Conclusion

La tierce décision obligatoire permet aux parties à un contrat de soumettre à l'avis d'un tiers le règlement de différents points de droit ou la détermination d'un élément de fait. Cette institution se distingue toutefois de l'arbitrage et de l'expertise.

L'article 1592 du code civil constitue un parfait exemple de tierce décision obligatoire. Il offre la possibilité aux parties à un contrat de vente de laisser le prix de la chose vendue à « l'arbitrage d'un tiers ». Cet article doit être clairement différencié de l'article 1591 du code civil qui porte, quant à lui, sur la vente à dire d'expert.

La nature de la tierce décision est toujours actuellement discutée. Certains l'analysent sous la figure du mandat commun tandis que d'autres y voient une résurgence de la vente sous condition suspensive. Face à cette controverse, une question surgit : faut-il reconnaître à la tierce décision obligatoire le statut d'une véritable institution indépendante ?

Une fois prise, la décision du tiers est obligatoire et définitive. Le mécanisme instauré par l'article 1592 du code civil n'est cependant pas à l'abri de l'une ou l'autre défaillance : blocage dans le choix du tiers, refus du tiers d'exécuter sa mission, contrat entaché d'un vice de consentement, excès de pouvoir de la part du tiers, défaut d'indépendance. Confronté à des telles circonstances, le juge ne dispose que de pouvoirs extrêmement limités.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 31 octobre 2008, rappelle d'ailleurs expressément le principe suivant lequel le juge ne peut se substituer au tiers décideur dans sa mission de détermination du prix de vente.

---

165. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, n° 105.

166. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, 1996, n° 105.

167. Sur l'emploi à tout propos de la réparation en nature, voy. : P. WÉRY, " Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judicaire en matière extracontractuelle ", note sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 2005, p. 429-434. Voy. également : L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Dalloz, Paris, 1933, p. 12 ; J.-H. ROBERT, *Les sanctions prétoriennes en droit privé français*, Paris II, 1972, p. 257.

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

Une évolution reste souhaitable en la matière notamment par le recours à la théorie du jugement tenant lieu d'acte dans l'hypothèse où une partie refuse de procéder à la désignation du tiers.

FLORENCE GEORGE
Assistante au Centre de droit privé de l'UCL
Avocat au barreau de Huy

Nouvelle des Palais

Conférence du Jeune barreau de Bruxelles – AEDBF-Belgium – CCBE – ERA et UAE

Les avocats face au blanchiment

20 janvier 2011

08.45 : Accueil des participants, JEAN-PIERRE BUYLE, bâtonnier de l'Ordre français du barreau de Bruxelles, et CÉDRIC LEFEBVRE, président de la Conférence du Jeune barreau de Bruxelles.

Sous la présidence de JEAN-PHILIPPE RAGEADE, ERA

09.00 : *Introduction – Les libertés prises par la transposition française de la 3e directive européenne*, CHRISTIAN CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

Première partie : **La prévention**

09.25 : *Champ d'application de la loi du 11 janvier 1993 et sanctions*, G.-A. DAL, ancien bâtonnier, président du CCBE.
10.05 : *L'identification et la vérification de l'identité du client*, P. DE WOLF, avocat, UCL.

Sous la présidence de JEAN-PIERRE SPITZER, UAE

11.00 : *Les devoirs de vigilance, dénonciation et collaboration*, F. LEFÈVRE, avocat.
11.40 : *La formation du personnel, l'information au client et la conservation des informations*, O. CLEVENBERGH, avocat.
12.15 : Débat.

Deuxième partie : **Le délit pénal**

Sous la présidence de BENOÎT FERON, président de l'AEDBF-Belgium

14.00 : *Le délit de blanchiment : présentation générale*, O. CREPLET, avocat.
14.40 : *Participation criminelle et blanchiment*, F. ROGGEN, magistrat à la cour d'appel de Bruxelles.
Sous la présidence de GEORGES-ALBERT DAL, président du CCBE
15.40 : *La peine de confiscation et les autres sanctions*, A. MASSET et P. MONVILLE, avocats, ULg.
16.20 : *Fraude fiscale, régularisations fiscales et blanchiment : totem et tabou*, A. RISOPOULOS, avocat, Solvay Business School.
17.00 : *Conclusions générales et perspectives*, J. SPREUTELS, juge à la Cour constitutionnelle, ULB.
17.15 : Débat.

Formation permanente : 6 points.
Participation des magistrats professionnels prise en charge par l'Institut de formation judiciaire (sans ouvrage).

Lieu : salle des audiences solennelles de la cour d'appel de Bruxelles, palais de justice, place Poelaert, 1000 Bruxelles.

Participation : membres de la CJBB et magistrats : 230 € ; non-membres CJBB : 295 € ; sans le déjeuner et l'ouvrage : avocats stagiaires membres CJBB et étudiants : 65 € ; membres CJBB et magistrats : 125 € ; non-membres CJBB : 165 € — compte 630-0215121-34 (IBAN : BE68 6300 2151 2134 - BIC : BBRUBEBB).

Renseignements : secrétariat de la CJBB, palais de justice, place Poelaert, 1000 Bruxelles (tél. : 02/508.66.43, de 9.30 à 12.00 – www.cjbb.be)

this jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit