
L'adaptation forcée du contrat par arbitrage

Alain Prujiner*

Bon nombre d'ententes contractuelles prévoient un mécanisme d'adaptation forcée par lequel les parties peuvent demander à un tiers de modifier leur contrat. L'auteur aborde la délicate question de savoir si cette adaptation peut être faite par un arbitre. Malgré un fort courant doctrinal qui va dans l'autre sens, cet article appuie les auteurs de plus en plus nombreux qui affirment que l'adaptation d'un contrat n'est pas incompatible avec la mission de l'arbitre. L'auteur admet que l'existence d'un litige est une condition nécessaire à l'intervention d'un arbitre. Il soutient toutefois que c'est la possibilité d'une argumentation juridique qui distingue le litige du simple désaccord, et que cette possibilité est bel et bien présente dans le cas où les parties peuvent faire valoir une clause d'adaptation forcée (partie I). L'auteur rejette l'argument qui veut que la fonction juridictionnelle de l'arbitre l'empêche de procéder à l'adaptation d'un contrat (partie II). Et malgré les réserves exprimées par certains, l'auteur prétend qu'il n'est pas dangereux de permettre à un arbitre de modifier un contrat. De plus, il croit qu'un tribunal ne doit pas infirmer une sentence arbitrale en cas d'erreur de droit ou de fait, mais seulement s'il y a erreur de juridiction. D'après lui, cette approche a été implicitement adoptée par les tribunaux de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Quintette* (partie III).

Many contractual arrangements contain a mechanism by which the parties have the right to ask a third party to modify their agreement. The author analyses the difficult question of whether or not this contractual modification can be done by an arbitrator. Despite much scholarly opinion to the contrary, this article presents the increasingly popular view that arbitrators can alter contracts. The author admits that the existence of a genuine dispute is a necessary precondition for arbitration. He claims, however, that it is the possibility of legal argument which distinguishes a genuine dispute from a mere disagreement, and that this possibility indeed exists where the parties can invoke a forced modification clause in their contract (part I). The author rejects the argument that the arbitrator's judicial function prevents him or her from modifying a contract (part II). He also argues that, despite the reservations expressed by some scholars, it is not dangerous to allow arbitrators to modify contracts. Moreover, the author submits that judicial review is appropriate when there has been an error of jurisdiction but that courts should not set aside an arbitral award on the basis of an error of law or fact. His analysis shows that the British Columbia courts implicitly adopted this approach in the *Quintette* case (part III).

* Professeur à l'Université Laval, Conseiller en loi, Québec.

Sommaire

Introduction

- I. Litige, différend, désaccord et adaptation
 - A. *La nécessité d'un litige en arbitrage*
 - B. *Adaptation et litige*
 - C. *Le fondement du litige sur l'adaptation*
- II. Fonction juridictionnelle et adaptation
 - A. *La mission juridictionnelle de l'arbitre*
 - B. *Adaptation et juridiction*
- III. Critères et contrôle de l'adaptation forcée par arbitrage
 - A. *Les critères de l'adaptation forcée*
 - B. *Le contrôle de l'arbitre*
 - C. *L'affaire Quintette*

Conclusion

* * *

Introduction

Il est des circonstances qui exigent un mécanisme d'adaptation forcée des contrats fiable et efficace. Il peut même s'agir d'une condition fondamentale à la volonté de contracter de l'une des parties. Lorsqu'un investissement important ne peut être envisagé qu'en contrepartie de la garantie d'un marché à long terme, par exemple, l'économie de l'opération requiert la sécurité juridique d'un mécanisme de renégociation qui ne risque pas de mener à la fin de la relation contractuelle. Dans cette perspective, la clause d'adaptation ne doit ouvrir la possibilité ni au simple maintien du contrat, ni à sa résiliation en cas d'échec des négociations. La convention doit alors établir un processus d'*adaptation forcée*.

Pour assurer les modifications nécessaires aux termes du contrat en cas de besoin, une clause confère souvent à un tiers le pouvoir de les imposer si les parties ne s'entendent pas. Cette solution permet de sauvegarder la relation commerciale sans la rigidifier. Elle crée aussi un environnement plus favorable à la réussite de la phase de négociation en créant une pression en faveur d'un règlement. Le statut juridique de ce tiers peut cependant poser des difficultés théoriques et pratiques importantes.

Même en l'absence de référence à un mécanisme arbitral, l'analyse juridique de l'intervention de ce tiers, simple régulateur du contrat, soulève cer-

taines divergences. La position traditionnelle est de le considérer comme un mandataire commun des parties mais cette approche a été sévèrement critiquée par MM. René David¹ et Antoine Kassis². Ce dernier considère que ce tiers est un « arbitre contractuel » dont la décision ne saurait être une sentence mais un simple fait juridique métamorphosé en acte juridique par la convention des parties³. Selon la doctrine dominante, les parties ont le pouvoir de conférer à une personne la tâche de rédiger les termes de leur contrat et elles peuvent s'engager à l'avance à respecter le résultat de la mission qu'elles lui auront confiée. Que ce tiers soit un mandataire commun ou un arbitre contractuel, sa décision sera un texte contractuel qui pourra faire l'objet de tous les modes de contestation habituels quant à son interprétation et à son exécution. Seul M. David serait prêt à considérer d'emblée qu'il s'agit d'un arbitre au sens plein du terme, mais il reconnaît que cette position correspond plus à un vœu qu'à une description de la situation juridique actuelle.

Le résultat de l'intervention de ce tiers régulateur est satisfaisant d'un certain point de vue, puisqu'il introduit effectivement une modification au contrat qui lie désormais les parties. L'efficacité du processus peut cependant être mise en doute. Si les parties respectent immédiatement la décision, tout va bien, mais si ce n'est pas le cas, l'implantation des changements risque de subir des délais importants qui peuvent avoir un impact réel sur la relation commerciale. Or, si les parties ont dû recourir aux services de ce tiers, c'est qu'elles n'étaient pas parvenues à s'entendre au cours des négociations préalables. Il est donc possible, sinon probable, que la solution retenue rencontre une certaine résistance. Il y aura alors litige sur l'interprétation ou l'exécution du contrat, litige qui devra, dans la plupart des cas, être soumis à l'appréciation de l'arbitre désigné dans la clause compromissoire.

L'intervention d'un deuxième tiers, l'arbitre, pour assurer le règlement du problème de cette adaptation litigieuse peut sembler inutile, redondante et coûteuse. Alors, pourquoi ne pas soumettre directement la question à cet arbitre ? Sa décision aurait l'avantage de mettre immédiatement un point final aux difficultés.

Bien que ce choix ne soit pas toujours assez explicite, c'est une pratique contractuelle très répandue de confier à un arbitre l'adaptation forcée du contrat en cas d'échec des négociations entre les parties. La question qui se pose alors est : est-ce que la volonté des parties peut aboutir à ce résultat ? Autrement dit, les parties peuvent-elles demander à un arbitre d'adapter leur contrat à des changements de circonstances, de modifier les termes de leur relation ?

Une source de difficultés peut être l'imprécision de la volonté des parties. Ont-elles clairement entendu donner au tiers un rôle d'arbitre ou bien voulaient-elles seulement aboutir à une modification contractuelle ? Cette question exige souvent une analyse difficile des textes pour établir la nature du choix. Mais

¹R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.

²A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. 1, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1987.

³*Ibid.* à la p. 94.

pour que cette question se pose, il faut d'abord que le deuxième terme de l'alternative existe, c'est-à-dire que les parties puissent demander juridiquement à un arbitre de modifier leur relation contractuelle. C'est cet aspect du problème qui sera traité.

Un fort courant doctrinal s'oppose à ce qu'un arbitre puisse procéder à l'adaptation d'un contrat, mais des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent en faveur de cette possibilité. La plupart des arguments s'articulent autour des notions de *différend* (partie I) et de *fonction juridictionnelle* dans l'arbitrage (partie II). La levée de ces obstacles amène à poser la question de la méthode que doit suivre l'arbitre dans ces circonstances (partie III).

I. Litige, différend, désaccord et adaptation

A. La nécessité d'un litige en arbitrage

La nature de la mission de l'arbitre est de trancher un différend. Cette position rallie la majorité de la doctrine et de la jurisprudence.

La définition de l'arbitrage proposée récemment par M. Charles Jarrosson est qu'il s'agit d'une « institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »⁴. Même dans la perspective d'une distinction entre arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, M. Kassis considère l'existence d'un litige comme une condition préalable à ces deux types d'arbitrage⁵.

Certains auteurs ont cependant introduit des atténuations à cette exigence. M. Henri Motulsky considère ainsi que dire que l'arbitre « doit régler un litige » est peut-être excessif⁶. Selon lui, il suffirait d'une prétention, soit « la revendication d'un résultat économique ou social correspondant au bénéfice d'une règle de droit » et d'une constatation « de la coïncidence, ou de l'absence de coïncidence, entre le fondement de fait de cette revendication et les éléments dégagés par l'analyse d'une règle de droit »⁷. En fait, à défaut de litige, il faut donc une contestation que l'arbitre doit trancher : « D'abord, le caractère juridictionnel de l'arbitrage postule la nécessité de ne le mettre en oeuvre qu'à la condition qu'il s'agisse véritablement de faire trancher une contestation. »⁸ Cette condition ne saurait être satisfaite dans une mission d'adaptation forcée :

Lorsqu'il s'agit, non pas de trancher un litige, ni d'*aplanir* un différend menaçant ou d'ores et déjà né, mais d'accomplir un acte créateur d'une situation contractuelle à partir d'un problème dont les parties savent qu'elles n'ont ni la compétence ni l'indépendance nécessaires pour le résoudre elles-mêmes, le recours aux *mandataires communs* s'impose [...] ⁹.

Malgré les variations que l'on peut noter sur l'exigence d'un différend ou d'une contestation, la doctrine semble unanime à réclamer l'existence d'un

⁴C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987 à la p. 372.

⁵*Supra*, note 2.

⁶H. Motulsky, *Écrits, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974 à la p. 47.

⁷*Ibid.*

⁸*Ibid.* à la p. 42.

⁹*Ibid.*

litige comme préalable à la possibilité d'un arbitrage, à l'exception des souhaits théoriques de M. David¹⁰. De ce point de vue, il faut distinguer entre le différend, litige ou contestation¹¹ d'une part et le simple désaccord d'autre part. Selon M. Jarrosson « il y a litige, contestation [...] dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique, au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer, et qui diffère du sien »¹². Cette possibilité d'argumentation juridique est bien le critère de distinction entre le différend et le désaccord, cette notion visant la situation où les parties ne peuvent pas atteindre un accord, mais dans laquelle aucune partie ne peut contraindre juridiquement l'autre à modifier sa position.

Cette exigence d'un différend est tout aussi présente dans la jurisprudence. Au Canada, la Cour suprême a ainsi décidé récemment que « le véritable rôle de l'arbitre est assimilable à celui d'un juge chargé de trancher un différend »¹³, reprenant ainsi un critère utilisé dans de nombreux autres pays¹⁴.

B. *Adaptation et litige*

Il faut donc un litige pour qu'il y ait arbitrage. La question est alors : est-ce que le fait de ne pas s'entendre lors de négociations sur la modification d'un contrat constitue un litige ou bien s'agit-il d'un simple désaccord qui ne saurait permettre le recours à l'arbitrage ? Cette qualification délicate divise la doctrine.

Cette qualification oblige à préciser la notion de litige, c'est-à-dire ce qu'il faut entendre par le critère d'argumentation juridique. À première vue, le contexte de négociation sur les termes d'un contrat conduirait plutôt à penser en termes de désaccord. Le débat entre les parties ne porte pas sur l'interprétation ou l'exécution d'obligations contractuelles, champ normal d'action de l'arbitre, mais sur la modification et donc la création de ces obligations. L'argumentation ne serait pas juridique, mais économique. En l'absence de litige, le tiers désigné ne peut être un arbitre¹⁵. Sans aller jusqu'à généraliser cette conséquence, M. Éric Loquin l'étend à tous les cas dans lesquels le recours au tiers a été prévu dans le contrat¹⁶, une position qui n'entraîne pas l'adhésion¹⁷, car ce raisonnement rejoint celui qui a si longtemps nui à l'efficacité des clauses compromissaires : le litige devait précéder la décision de recourir à l'arbitrage¹⁸.

¹⁰*Supra*, note 1 à la p. 31 et s. Il utilise l'expression « controverses non juridiques » pouvant être réglées par arbitrage.

¹¹Les variations terminologiques entre « litige », « différend » et « contestation » (ou « difficultés ») n'ont pas de véritables conséquences juridiques. Voir *supra*, note 4 aux pp. 252-54.

¹²*Ibid.* aux pp. 254-55.

¹³*Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564 à la p. 581, 83 N.R. 322, Mme le juge L'Heureux-Dubé.

¹⁴Voir les travaux de Jarrosson, *supra*, note 4 et Kassis, *supra*, note 2.

¹⁵R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats » (1983) 82 Rev. trim. dr. civ. 1.

¹⁶*Juris-classeur procédure civile*, fasc. 1032, par É. Loquin.

¹⁷Voir Jarrosson, *supra*, note 4.

¹⁸J.E.C. Brierley, Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Paris, 1964 [non publiée] ; « Aspects of the Promise to Arbitrate in the Law of Quebec » (1970) 30 R. du B. 473.

M. Bruno Oppetit a d'abord semblé assez réticent à admettre la possibilité d'un litige dans ces circonstances, à moins que les parties n'aient précisé qu'elles voulaient obtenir une décision de nature juridictionnelle sur leurs prétentions respectives¹⁹. La pensée de cet auteur a évolué depuis puisqu'il critique maintenant la place « excessive » faite à la volonté des parties « pour la détermination de la nature des pouvoirs qu'elles ont entendu attribuer au tiers »²⁰ et qu'il semble favorable à une conception large du litige à la lumière de la transformation de la justice étatique²¹. Cette position est plus satisfaisante car la qualification de la situation ne devrait pas dépendre de la volonté des parties : l'élément juridique nécessaire existe dans leur relation ou n'existe pas. Ce qu'elles veulent ou ce qu'elles croient n'a pas beaucoup d'importance pour cet aspect de la question.

Selon d'autres auteurs, la notion de litige est bien susceptible de couvrir la situation qui résulte d'un échec des négociations en vue de l'adaptation d'un contrat à de nouvelles circonstances. M. Jarrosson l'exprime plus sous forme de souhait : « on voit combien serait préférable à tous égards [...] la solution consistant à estimer que, dès l'absence d'accord entre parties, il y a un différend qui peut donner lieu à arbitrage »²². M. John E.C. Brierley exprime une opinion identique²³. M. Kassis est plus affirmatif, après une démonstration convaincante de la possibilité du recours à la justice étatique dans des circonstances semblables²⁴. La prudence de M. Jarrosson s'explique surtout par les réticences de nombreuses autorités en la matière qui n'osent pas franchir aussi clairement le pas que M. Kassis²⁵. Mais le camp de ceux qui n'hésitent pas à le faire comprend aussi des spécialistes reconnus²⁶.

Ce sont ces derniers et M. Kassis qui ont raison. Pour apprécier l'existence d'un litige, il faut revenir au critère de l'argumentation juridique. Dans une négociation « normale » ou initiale, le défaut d'entente constitue un simple désaccord car aucune partie ne peut faire valoir un droit en sa faveur. Mais lors d'une renégociation dans le cadre d'une clause d'adaptation, il existe un droit contractuel à la modification. L'échec des négociations entraîne alors un litige sur l'exécution d'une obligation d'adaptation.

¹⁹B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de 'hardship' » (1974) 101 JDI 794.

²⁰B. Oppetit, « Sur le concept d'arbitrage » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 229 à la p. 235.

²¹*Ibid.* aux pp. 236-39.

²²*Supra*, note 4 à la p. 333.

²³J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne » [1987] C.P. du N. 507 à la p. 539.

²⁴*Supra*, note 2 à la p. 318.

²⁵En particulier, J. Robert et l'*International Bar Association* dont les propositions sont analysées par Jarrosson, *supra*, note 4 aux pp. 329-32.

²⁶David bien sûr, *supra*, note 1. Mais aussi G. Bernini et H.M. Holtzmann, « Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme » [1975] Rev. arb. 18 ; P. Sanders, « L'arbitrage dans les transactions commerciales à long terme » [1975] Rev. arb. 83. Dans le même sens, voir M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage : interne et international*, Paris, GLN-éditions Joly, 1990, à la p. 185.

Parmi ceux qui aboutissent à ce résultat, il faut quand même noter certaines divergences. Pour certains, comme MM. Kassis et Pieter Sanders, le fondement juridique provient du lien contractuel existant entre les parties lors de la renégociation²⁷. Ils établissent donc une distinction ferme entre l'adaptation, qui donne ouverture à l'arbitrage, et le comblement des lacunes initiales d'un contrat incomplet qui ne peut conduire à un arbitrage, même contractuel, puisqu'il n'y a pas de litige en l'absence d'un lien juridique²⁸. M. Giorgio Bernini tend, au contraire, à considérer qu'il s'agit d'opérations de même nature et que la révision n'est que le comblement d'une « lacune survenante » qui se manifeste au cours de la relation contractuelle²⁹.

C. *Le fondement du litige sur l'adaptation*

Le critère de l'argumentation juridique comme fondement de la notion de litige n'exige pas un lien juridique parfait. En fait, ce n'est pas l'existence du contrat, mais l'existence d'une obligation de modification de ce contrat qui est le véritable support juridique d'une contestation éventuelle. Cette obligation de modification peut être d'origine conventionnelle (clause de *hardship*) ou légale, si le contrat est régi par un droit qui crée une obligation de modification inhérente au contrat lui-même (comme le font, de manière différente, les droits allemand et algérien). Dans ce dernier cas, l'existence du lien contractuel est effectivement nécessaire à l'existence de l'obligation de modification et lui reste intimement reliée. La question de la renégociation en l'absence d'une stipulation de révision est cependant hors du champ étudié dans ce texte³⁰.

L'obligation conventionnelle n'est pas exactement dans la même position. Bien sûr, elle est reliée au contrat, comme sa qualification le dénote bien, mais elle en est aussi distincte. Elle peut être considérée comme un engagement de procéder à des modifications de la relation contractuelle dans certaines circonstances définies et suivant certains paramètres. Elle peut donc être considérée, à l'instar de la clause d'arbitrage elle-même, comme une convention distincte du contrat auquel elle se greffe. La base de l'argumentation juridique du litige trouve alors sa source dans la convention de modification plus que dans le contrat de base. En l'absence de clause à cet effet, la seule existence d'un contrat ne suffit d'ailleurs pas à fonder un recours dans de nombreux ordres juridiques qui n'admettent pas l'existence d'une obligation implicite d'adaptation.

²⁷*Supra*, note 2 aux pp. 312, 316.

²⁸ [D]u fait de l'absence d'un rapport juridique parfait entre les parties, il ne peut rationnellement exister de litige entre elles tant que le processus de perfection de leur contrat par le tiers désigné par elles n'est pas terminé (*ibid.* à la p. 117).

Dans le même sens, voir de Boissésou, *supra*, note 26 à la p. 185.

²⁹Bernini et Holtzmann, *supra*, note 26 à la p. 41. David aboutit à un résultat identique : *supra*, note 1 à la p. 33. Aussi sur la notion de lacune survenante, voir Jarrosson, *supra*, note 4 à la p. 297.

³⁰Sur cette question, voir Jarrosson, *ibid.* à la p. 305 et s. et de Boissésou, *supra*, note 26 à la p. 638 et s.

Dans cette perspective, la position unifiante de M. Bernini paraît la plus solide : l'engagement de compléter un contrat peut être considéré comme étant de même nature que celui de le modifier. Il s'agit d'un engagement de nature juridique, même en l'absence de relation contractuelle parfaite. Cette juridicité suffit à créer les conditions nécessaires à la survenance d'un litige, et donc à répondre à ce premier critère de l'arbitrabilité.

Une question liée à cet aspect du problème soulève certaines difficultés. Il s'agit de la présence de l'amicable composition dans la clause d'arbitrage. M. Kassis considère qu'elle équivaudrait à « une clause de *hardship* doublée d'une clause compromissaire ordinaire »³¹ en raison de la présence de l'équité comme fondement commun du *hardship* et de l'amicable composition. Pourtant, il semble difficile de fondre deux stipulations dont l'objet est différent. L'amicable composition introduit l'équité dans le mode de résolution des conflits mais non dans le coeur de la relation contractuelle. En l'absence d'autres indications, il n'est pas possible d'inférer de sa seule présence dans la clause d'arbitrage une obligation générale, indéterminée, d'adaptation du contrat aux changements de circonstances. Or, l'absence de cette obligation enlève la possibilité juridique d'un litige, condition nécessaire à l'intervention de l'arbitre amiable compositeur, à moins que ce contrat ne soit soumis à un droit qui pratique la théorie de l'imprévision, mais en ce cas l'obligation provient de la loi et non de l'amicable composition. Sur ce point, M. Jarrosson a raison de noter que « la fonction essentielle de l'amicable composition étant la possibilité donnée à l'arbitre d'évincer la règle de droit pour la résolution du différend, elle ne concerne que la *mode de résolution* et non la *nature de la difficulté* à résoudre »³².

En conclusion, et pour se limiter aux clauses d'adaptation, il semble bien que, malgré les réserves de certains auteurs qui ont une conception excessivement étroite du litige, l'échec d'une négociation menée dans le cadre d'une obligation de modification des termes d'un contrat peut constituer un différend et donc répondre à cette première condition de l'intervention d'un arbitre. Reste alors à déterminer si la mission que les parties veulent lui confier, la modification du contrat, est vraiment de nature juridictionnelle.

II. Fonction juridictionnelle et adaptation

Un deuxième faisceau d'arguments contre la qualification arbitrale de l'intervention d'un tiers pour assurer l'adaptation forcée du contrat s'appuie sur le second critère traditionnel mis en oeuvre pour définir l'arbitrage, celui de la nature nécessairement juridictionnelle de cette mission.

A. La mission juridictionnelle de l'arbitre

Le « caractère juridictionnel » de l'arbitrage, déjà souligné par M. Motulsky³³, reçoit un appui ferme dans la doctrine. La définition précitée³⁴ de

³¹*Supra*, note 2 à la p. 304.

³²*Supra*, note 4 aux pp. 299-300.

³³*Supra*, notes 6-9 et texte correspondant.

³⁴*Supra*, note 4.

M. Jarrosson met l'accent sur cette « mission juridictionnelle » et la notion d'acte juridictionnel retient longuement son attention dans la première partie de sa thèse, intitulée : « La référence au modèle juridictionnel ». La conclusion de son étude est que la mission juridictionnelle de l'arbitre « ne suscite plus de réelles controverses, du moins quant à son principe »³⁵. Selon lui, la « fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine. »³⁶

M. David se distingue là aussi. Sa définition est moins précise à cet égard³⁷ et il préfère éviter la question de la nature juridictionnelle ou contractuelle de l'arbitrage, les discussions à ce sujet lui paraissant « liées à une conception dépassée, établissant un lien exagérément étroit entre fonction juridictionnelle et procédure judiciaire »³⁸. Sa conception large et souple de l'arbitrage s'accommode mal des contraintes liées à cette fonction juridictionnelle.

M. Kassis n'a pas les mêmes difficultés puisqu'il regroupe dans la nouvelle institution de l'arbitrage *contractuel* qu'il propose³⁹ les diverses modalités que M. David essayait d'insérer dans une vision unifiée de l'arbitrage.

Pour les fins de l'exercice en cours, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les avantages comparés de l'unité ou de la dualité de conceptions de l'arbitrage. En effet, ce n'est qu'au cas où l'opération de modification paraîtrait incompatible avec la fonction juridictionnelle qu'il faudrait rechercher si elle peut malgré tout être intégrée dans les notions larges de M. David ou le concept d'arbitrage contractuel de M. Kassis. Auparavant, il suffit de vérifier si la réécriture d'un contrat peut être une mission juridictionnelle.

B. *Adaptation et juridiction*

Si l'on considère l'arbitre comme un juge privé qui rend une décision sur des prétentions juridiques opposées, une mission de réécriture de clauses contractuelles peut sembler de nature assez différente. Il est bien évident qu'il peut s'agir d'une démarche purement contractuelle et que les parties veulent simplement obtenir le texte d'un contrat les liant et non une sentence. Ce qu'il faut se demander, c'est : est-ce qu'un arbitre peut modifier un contrat dans le cadre de sa fonction juridictionnelle ? Même si M. David regrette le lien trop étroit que l'on tend à établir entre fonction juridictionnelle et procédure judiciaire, il n'en demeure pas moins intéressant de vérifier ce que peut faire un juge étatique dans des circonstances identiques. Si un juge peut modifier un contrat dans le cadre de sa juridiction, il devient impossible de considérer que l'arbitre ne peut pas le faire.

³⁵*Ibid.* à la p. 101.

³⁶*Ibid.*

³⁷ L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes — l'arbitre ou les arbitres — lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État (*supra*, note 1 à la p. 9).

³⁸*Ibid.* à la p. 566.

³⁹*Supra*, note 2.

Sur ce point, MM. Jarrosson et Kassis parviennent au même résultat malgré leurs sérieuses divergences d'approche ; mais ce faisant, ils s'opposent tous deux à une certaine tradition doctrinale.

Cette tradition considère que la modification d'un contrat est un acte *créateur* de règles qui dépassent les limites de la fonction juridictionnelle⁴⁰. Suivant les termes de M. Brierley, ce serait une fonction plus « législative » que « juridictionnelle »⁴¹. Juges comme arbitres ne pourraient créer ou modifier des droits mais seulement les expliciter⁴².

M. Jarrosson, après une étude détaillée de la mission du juge, fait apparaître l'extension de ses pouvoirs, en particulier quant à l'objet de sa mission, ainsi que l'évolution de la nature de son rôle, qui n'est plus seulement de constater des droits préexistants mais de constituer souvent des situations juridiques nouvelles⁴³. Le juge est parfois créateur de dispositions contractuelles. M. Jarrosson en déduit que « [l']arbitre peut créer des dispositions contractuelles dans la mesure où le juge le peut »⁴⁴.

M. Kassis démontre de façon convaincante qu'en l'absence de clause d'arbitrage dans un contrat contenant une clause expresse de révision de prix, si cette clause prévoit que les parties resteront liées même en cas de désaccord au cours de la renégociation et qu'en ce cas la révision se fera par voie de droit sur la base de la clause, le tribunal saisi n'aura d'autre possibilité que de procéder au changement, après expertise au besoin⁴⁵. Si le juge peut procéder de la sorte, rien n'empêche l'arbitre de le faire.

En fait, il semble que l'opposition doctrinale trouve son origine plus dans l'hostilité du droit français à la théorie de l'imprévision en droit civil qu'à une conception restrictive de la fonction juridictionnelle. M. Kassis remarque avec raison qu'en France même, l'usage de l'imprévision par le juge administratif n'a jamais fait douter du caractère juridictionnel de sa mission⁴⁶, pas plus que de celle des tribunaux des pays dont le droit permet une adaptation judiciaire⁴⁷.

Malgré l'autorité d'une doctrine prudente en matière de détermination des pouvoirs des arbitres, il semble donc bien qu'il n'y ait pas d'obstacle théorique majeur à ce que l'arbitre puisse procéder, dans le cadre de sa mission juridictionnelle, à une réécriture des clauses du contrat. À partir du moment où l'obli-

⁴⁰J. Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983 à la p. 163.

⁴¹*Supra*, note 23 à la p. 535.

⁴²J. Paulsson, « L'adaptation du contrat » [1984] *Rev. arb.* 249 ; de Boissésou, *supra*, note 26 aux pp. 185-89, 642-45. En ce cas, la violation de l'obligation de renégociation ne peut conduire qu'à la résolution du contrat. Il y a bien litige, puisqu'il y a obligation d'adaptation, mais la mission juridictionnelle de l'arbitre lui interdit de procéder à une modification du contrat en cours.

⁴³*Supra*, note 4 à la p. 99.

⁴⁴*Ibid.* à la p. 110.

⁴⁵*Supra*, note 2 à la p. 318. L'exemple a l'avantage d'écartier la possibilité de recours à une clause résolutoire implicite.

⁴⁶*Ibid.* à la p. 320.

⁴⁷Par exemple, les droits allemand, suisse ou italien. Voir de Boissésou, *supra*, note 26 à la p. 639.

gation contractuelle à faire respecter est bien une obligation de modification du contrat (obligation de résultat) et non une simple obligation de négociation (obligation de moyens), l'arbitre doit pouvoir aboutir au résultat recherché et ne saurait se limiter à demander aux parties de négocier de bonne foi et mettre fin au contrat en cas d'échec. Reste à déterminer comment il peut s'acquitter de cette mission.

III. Critères et contrôle de l'adaptation forcée par arbitrage

A. *Les critères de l'adaptation forcée*

Les multiples réserves de certains théoriciens sur la possibilité d'intervention d'un arbitre pour modifier un contrat proviennent certainement de la crainte d'établir un processus dans lequel les obligations des parties seraient entièrement à la merci d'un tiers. Si le pouvoir de révision de l'arbitre était illimité, cette inquiétude serait justifiée, mais ce n'est pas le cas. Ainsi que nous l'avons maintenant établi, l'arbitre doit exercer sa fonction juridictionnelle sur un litige, donc sur un débat juridique fondé sur l'exécution d'une obligation d'adaptation. Les frontières de sa mission sont donc déterminées de la même manière que dans les autres circonstances de recours à l'arbitrage : il doit interpréter la portée de l'obligation telle qu'elle apparaît dans le contrat.

Même si la sentence doit prendre la forme d'une modification de certaines stipulations contractuelles, il n'est pas question de *créer* une relation juridique entre les parties, mais simplement d'en préciser certains éléments. L'arbitre n'est pas libre d'établir des obligations qu'il jugerait équitables ou opportunes dans les circonstances. Même dans l'hypothèse d'un comblement des lacunes, il faut bien voir que ce n'est pas l'arbitre qui est à l'origine de l'obligation qu'il identifie, mais la volonté des parties qu'il ne fait qu'interpréter.

Cette limitation du rôle de l'arbitre est conséquente avec le fondement juridique de son intervention. Il faut qu'il existe une obligation de modification pour qu'apparaisse le litige qu'il doit trancher de manière juridictionnelle. Cette obligation, qu'elle soit d'origine légale ou conventionnelle, obéit à certains principes, certains critères, précisés par la loi, la jurisprudence ou le contrat lui-même. De ce point de vue, il ne faut pas perdre de vue l'objectif même de l'adaptation, qui est le plus souvent la sauvegarde de l'économie du contrat malgré un changement de circonstances qui la menace. Les termes utilisés par le contrat sont alors déterminants, car ils seront les guides de la décision de l'arbitre.

Plus le contenu de l'obligation de modification sera précis, plus le champ d'appréciation de l'arbitre sera limité. Comme dans d'autres circonstances, le rôle de l'interprète est restreint si la clause d'adaptation est relativement détaillée. On voit bien, alors, que la fonction juridictionnelle de l'arbitre est maintenue malgré le fait que la sentence contienne une modification des termes d'un contrat, puisqu'il la décide en application d'autres stipulations de ce même contrat.

La délimitation peut paraître plus délicate lorsque la clause d'adaptation ne précise pas clairement la méthode ou les critères à suivre. Bien sûr, les parties peuvent sembler avoir été imprudentes de s'obliger sans mieux déterminer les limites de la portée de leurs engagements, et certains auront tendance à leur faire supporter les conséquences de leur imprévoyance. La décision du tiers, dans ces conditions, reste-t-elle de nature juridictionnelle ? En l'absence de critères précis, même avec la possibilité de s'en remettre à l'équité s'il est amiable compositeur au surplus, l'arbitre n'est-il pas en position de créer de nouvelles obligations au nom de principes généraux comme l'équilibre des prestations, obligations hors du champ de la volonté des parties ?

En fait, ce risque existe, mais guère plus que dans les autres cas de recours à l'arbitrage. Le fondement de l'intervention de l'arbitre reste le litige sur la détermination du résultat d'une obligation de modification. Ce qui devient plus difficile à déterminer, ce sont les frontières de son intervention. M. Kassis considère alors que

le juge ou arbitre statuant au contentieux ne devrait pas avoir plus de difficulté à mettre en oeuvre une clause de *hardship* qu'à appliquer une formule déterminée de révision dans la mesure où, d'une part, il ne touche pas au contenu qualitatif des obligations et où, d'autre part, il se fonde dans l'adaptation qu'il opère, sur des données objectives, encore que celles-ci n'aient pas été précisées par les parties elles-mêmes⁴⁸.

La notion de *contenu qualitatif* est reliée à la nature de la modification. Selon M. Kassis, il y a simple modification lorsque l'arbitre adapte « le quantum d'une obligation ou d'une prestation sans toucher à sa nature, à son contenu spécifique »⁴⁹, alors qu'un changement de la qualité ou des spécifications du produit convenu, ou, *a fortiori*, la substitution d'un autre produit provoquerait une création, tout comme l'ajout ou la suppression d'une obligation contractuelle⁵⁰.

Le critère est relativement simple et fonctionnel. Il semble introduire un déséquilibre entre l'acheteur et le vendeur puisque le prix est plus facilement révisable que la livraison des marchandises ou la délivrance de services, mais il faut bien convenir que c'est souvent le prix qui est l'élément le plus mobile dans un processus d'adaptation.

Ce critère reste cependant d'un usage délicat. Un bon exemple est celui de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 septembre 1976 qui a suscité de nombreux commentaires⁵¹. Le contrat passé entre la société EDF et la société française Shell contenait une clause d'indexation et une clause de sauvegarde. La clause d'indexation est devenue inopérante par la disparition de son indice de

⁴⁸*Supra*, note 2 à la p. 323.

⁴⁹*Ibid.* à la p. 322.

⁵⁰*Ibid.*

⁵¹Paris, 28 septembre 1976, *E.D.F. c. Société Shell Française*, J.C.P. 1978.II.18810 (note J. Robert), [1977] Rev. arb. 341 [ci-après *E.D.F.* cité à la Rev. arb.]; B. Oppetit, « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente » [1977] Rev. arb. 315; Jarrosson, *supra*, note 4 à la p. 325; Kassis, *supra*, note 2 à la p. 323; de Boissésou, *supra*, note 26 à la p. 187.

référence. La clause de sauvegarde prévoyait une obligation de renégociation dans certaines circonstances, avec possibilité de résiliation du vendeur en cas de baisse du prix et de l'acheteur en cas de hausse. Les circonstances justifiant une renégociation se sont présentées et les parties n'ont pu parvenir à un accord. Par contre, elles n'entendaient pas mettre fin au contrat. Pour le Tribunal de commerce saisi du litige concernant la détermination du prix, cette question ne pouvait être réglée que par l'accord des parties et en son absence, le contrat était devenu caduc par absence de prix. La Cour d'appel a infirmé cette décision en considérant que la clause de sauvegarde impliquait une obligation de modification et que les parties devaient reprendre les négociations en présence d'un observateur désigné par la Cour, et qu'en cas d'échec de ces négociations, elle se réservait de déterminer, au regard des solutions proposées, « si la formule qui pourrait éventuellement convenir sur le plan financier modifie les données des contrats en cours et interdit par conséquent au Juge de l'imposer, ou bien si elle se borne, comme l'ont voulu les parties, et sans altérer l'économie des contrats, à adapter le prix aux fluctuations du marché et peut donc être substituée d'office »⁵².

La Cour est donc prête à adapter le contrat en changeant la clause d'indexation à condition que ce changement respecte l'économie du contrat et la volonté des parties. Cette délimitation correspond bien au respect de l'obligation de modification au coeur de ce litige, même si la clause de sauvegarde ne comportait pas de critères précis sur la méthode et les références à utiliser dans les circonstances. Un arbitre saisi d'un tel dossier pourrait aboutir à un résultat identique. Sa démarche serait probablement différente en ce qui regarde la reprise des négociations, mais il pourrait demander ultimement à chaque partie de lui soumettre la formule qu'elle préconise et il aurait à évaluer leur compatibilité avec la volonté initiale d'adaptation et l'économie du contrat.

Il y a donc un lien direct entre l'objet du litige, la nature juridictionnelle de la décision et la portée de la sentence. Si l'arbitre dépasse le cadre de l'adaptation du contrat suivant les paramètres fixés par les parties et s'aventure dans des modifications de fond de la relation contractuelle, il se prononce *ultra petita*, comme cela peut arriver dans tout arbitrage. Cette limitation vaut d'ailleurs tout autant pour un amiable compositeur⁵³. Ce qu'il importe alors de vérifier, c'est l'efficacité du contrôle du respect de cette limite par l'arbitre.

B. Le contrôle de l'arbitre

Pour assurer que l'arbitre ne crée pas indûment des obligations aux parties, il faut que les limites de son pouvoir d'adaptation puissent faire l'objet d'une révision judiciaire en cas de besoin. En principe, il n'y a pas de difficulté sur ce point. Comme le dit M. de Boisséson : « Tout le litige rien que le litige, telle est la mission de l'arbitre sur le fond. »⁵⁴ Les législations nationales et internationales prévoient donc le contrôle du respect de la mission de l'arbitre dans les

⁵²*E.D.F.*, *ibid.* à la p. 343.

⁵³Voir Jarosson, *supra*, note 4 à la p. 319.

⁵⁴*Supra*, note 26 à la p. 836.

procédures d'homologation ou d'annulation des sentences. Pour s'en tenir à la *Convention de New York*, texte central de l'arbitrage international, celui qui est normalement le plus protégé contre les tendances interventionnistes des tribunaux, l'article V prévoit la vérification et la sanction des dépassements de ses pouvoirs par un arbitre⁵⁵.

Il faut être prudent dans cet exercice de vérification. Toute erreur de droit n'est pas susceptible d'entraîner une perte de juridiction, sinon le tribunal se trouverait à agir comme une instance d'appel, ce qui ruinerait l'efficacité de l'arbitrage. La jurisprudence française admet ainsi qu'une simple erreur de fait ou de droit ne vicie pas la sentence⁵⁶. Au Québec, l'affirmation du *Code de procédure civile* (l'article 951.1) : « Le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale ne peut examiner le fond du différend », a conduit la jurisprudence à une attitude tout aussi réservée⁵⁷.

Qu'en est-il alors d'une erreur sur la frontière de l'adaptation, est-ce un dépassement du cadre de la mission de l'arbitre ? Cette sorte d'erreur est-elle susceptible d'une sanction judiciaire plus immédiate ? Au Canada, cette question évoque nécessairement l'abondante jurisprudence qui porte sur le contrôle de la compétence des tribunaux administratifs et des arbitres de grief en droit du travail, où les tribunaux ont établi une distinction entre l'erreur de droit ou de fait et l'erreur de juridiction.

Une erreur d'interprétation ou d'application d'un texte juridique qui est dans le champ de compétence d'un tribunal administratif ne peut pas donner ouverture à révision judiciaire. Celle-ci ne sera possible qu'en cas d'erreur déraisonnable « au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire »⁵⁸. L'erreur juridictionnelle est celle qui porte sur une disposition attributive de compétence. Ces dispositions sont celles qui décrivent ou limitent les pouvoirs du tribunal administratif⁵⁹ ou celles destinées à en « circonscrire le champ d'activité »⁶⁰.

⁵⁵*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 39, 21 U.S.T. 2518, T.I.A.S. n° 6997, L.R.C. 1985, c. 16 (2e suppl.), art. V :

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, qui si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

[...]

c) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ;
[...].

⁵⁶Y. Derains, *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Paris, Feduci, 1984 à la p. 95.

⁵⁷Par exemple, *Exploration minière A-Pri-Or Inc. c. Ressources Étang d'or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (C.S.), qui refuse même la possibilité d'intervention en cas d'erreur déraisonnable, erronément car il est difficile de voir comment une telle erreur ne serait pas contraire à l'ordre public.

⁵⁸S.C.F.P., *section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 à la p. 237, 97 D.L.R. (3d) 417, M. le juge Dickson.

⁵⁹*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412 à la p. 420, 14 D.L.R. (4th) 457, M. le juge Beetz.

⁶⁰*Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172 à la p. 175, 1 D.L.R. (3d) 125, M. le juge Pigeon.

Une simple erreur à leur égard, même commise de bonne foi, entraîne l'annulation de la décision⁶¹.

Une démarche analogue est concevable à l'égard de l'arbitre conventionnel. Le respect de sa mission pourrait être examiné avec une distinction équivalente : une erreur de droit non déraisonnable dans le cadre de sa mission ne donnerait pas ouverture à révision, mais une erreur simple touchant à sa compétence devrait être sanctionnée par les tribunaux. Le critère de la raisonnabilité a été utilisé, par exemple dans le jugement *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamship Ltd*⁶². Dans une affaire précédente, le juge Gonthier avait déjà affirmé :

Permettre que le tribunal de droit commun examine à nouveau et se prononce sur le mérite du litige, qu'il porte sur une question de fait ou de droit, serait allé [*sic*] à l'encontre de l'intention des parties présidant au recours à l'arbitrage et à l'encontre même du texte de l'art. 950 C.p.c. Seules des erreurs emportant nullité, c'est-à-dire des erreurs portant sur des éléments de faits ou de droit qui sont constitutifs de juridiction ou des erreurs sur des questions d'ordre public y compris les règles de justice naturelle ou régissant obligatoirement les arbitres dans l'exécution de leurs fonctions, doivent pouvoir être invoquées [nos italiques]⁶³.

Une distinction pourrait donc être faite en arbitrage civil entre les erreurs intrajuridictionnelles et les erreurs de compétence, celles-ci pouvant justifier une annulation (totale ou partielle) de la sentence que celles-là ne pourraient entraîner que lorsqu'elles sont manifestement déraisonnables. La qualification de l'erreur comme juridictionnelle ou non revêt alors une importance primordiale. L'arbitre qui dépasserait les limites de l'adaptation du contrat selon les critères fixés par les parties commettrait manifestement une erreur de compétence qui serait susceptible de sanction judiciaire, même en cas d'erreur tout à fait raisonnable.

La norme proposée semble adaptée à un contrôle efficace du respect de la volonté des parties sans menacer outre mesure l'efficacité de l'arbitrage. Sa mise en oeuvre n'est cependant pas toujours aisée ainsi que le démontre l'affaire *Quintette*⁶⁴, première expérience difficile des nouvelles règles de l'arbitrage international au Canada.

C. L'affaire Quintette

À la fin des années 1970, le Japon a voulu assurer son approvisionnement à long terme en charbon, en particulier en Colombie-Britannique. En 1981 un groupe de dix compagnies japonaises (comprenant, entre autres, Nippon Steel Co., Kobe Steel Ltd et Mitsubishi Chemical Industries Ltd) a passé un contrat

⁶¹Voir *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 95 N.R. 161.

⁶²[1987] R.J.Q. 1346 (C.S.), M. le juge Gonthier [ci-après *Navigation Sonamar*].

⁶³*J.H. Dupuis Ltée c. Résidence Jean de la Lande Inc.* (11 mars 1981), Montréal 500-05-025942-770, J.E. 81-500 (C.S.), cité dans *Navigation Sonamar, ibid.* à la p. 1351.

⁶⁴Pour les jugements de la Cour suprême et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans lesquels le processus arbitral est décrit, voir *Quintette Coal Ltd c. Nippon Steel Corp.* (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 201 (S.C.) [ci-après *Quintette (S.C.)*], conf. par 50 B.C.L.R. (2d) 207, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.) [ci-après *Quintette (C.A.)*] cité aux B.C.L.R.].

d'achat de charbon avec une compagnie canadienne, Quintette Coal Ltd, créée spécifiquement pour la réalisation de ce contrat qui exigeait un important investissement puisqu'il fallait ouvrir une nouvelle mine dans une région isolée. La durée du contrat allait d'octobre 1983 à mars 1998, avec une possibilité d'extension jusqu'en 2003.

Le prix de base fut fixé à 75\$ la tonne et comprenait deux éléments : une partie fixe (ou plus précisément « not subject to escalation ») de 35\$ et une partie indexée de 40\$. En plus de la clause d'indexation⁶⁵, une clause de révision du prix prévoyait une possibilité d'ajustement à certaines dates fixes : mars 1987, mars 1991 et mars 1995 en précisant :

The review shall be made taking into consideration the then prevailing market price for metallurgical coal being supplied and sold to Buyer from major Canadian suppliers under long term contracts and also the quality differential, if any, in comparison with those coals⁶⁶.

Il y avait aussi une clause de *hardship*⁶⁷ et une clause d'*Inequity Review*⁶⁸ qui pouvaient donner ouverture à modification du prix.

La loi applicable au contrat, comme à l'arbitrage, était la loi de la Colombie-Britannique. Enfin, la clause d'arbitrage était rédigée ainsi :

All unresolved disputes, controversies or differences between the parties arising out of or in connection with or resulting from this Agreement, or the breach hereof, any failure of the parties to reach agreement with respect to matters provided for herein and all matters of dispute relating to the sale of Coal by Seller to Buyer shall be finally determined by arbitration [...]⁶⁹.

En 1984, un amendement a changé la fin de cette clause en faisant référence aux *Rules of Procedure of the British Columbia Arbitrator's Institute*.

Contrairement aux prévisions des deux parties, les prix du marché ont commencé à baisser peu après les premières livraisons. La clause 9, d'*Inequity Review*, fut alors invoquée en 1985, 1986 et 1987 pour diminuer le prix, sa partie « fixe » passant ainsi de 35\$ à 26.50\$ après négociations. La partie japonaise invoqua en 1987 la clause 7, celle de révision de prix, mais cette fois aucun

⁶⁵La clause 5, intitulée *Base Price and Price Adjustment*, comprend une formule d'ajustement aux trois mois. Celle-ci est citée dans *Quintette (C.A.)*, *supra*, note 64 à la p. 209.

⁶⁶Clause 7 du contrat, intitulée *Price Review* et citée dans *Quintette (S.C.)*, *supra*, note 64 à la p. 206.

⁶⁷8. *Mutual cooperation*

Both Buyer and Seller recognize that circumstances may arise that could not have been foreseen at the time this contract was entered into. Both parties agree to use their best effort to solve any hardships or difficulties arising from such unforeseeable circumstances in the spirit of mutual good will and cooperation. (citée dans *ibid.* à la p. 207).

⁶⁸9. *Inequity Review*

If any significant change in the metallurgical coal market takes place at any time during the term of the contract either party shall have the right to request a price review. The parties shall discuss the matter in good faith to reach a fair and reasonable adjustment. (citée dans *ibid.*)

⁶⁹Citée dans *Quintette (C.A.)*, *supra*, note 64 à la p. 211.

accord ne fut possible. En novembre 1987, une demande d'arbitrage fut alors présentée pour modification du prix sur la base des clauses 7 et 9.

La nomination du tribunal d'arbitrage et sa mise en place ne se firent pas sans difficultés. Celles-ci ne manquent pas d'intérêt à titre de première expérience de mise en oeuvre de la *Loi type de la CNUDCI*⁷⁰ en Colombie-Britannique, mais elles sont hors du champ de cette étude⁷¹. Ce qui en relève plus directement est le débat judiciaire qui suivit la sentence au fond du 28 mai 1990, sentence fixant une série de prix décroissants à partir du deuxième trimestre 1987 jusqu'en 1991, avec un prix applicable par trimestre de chaque année. Quintette contesta le pouvoir des arbitres de procéder à cet exercice qui entraînait une variation à la baisse de la partie « fixe » du prix. Cette adaptation du contrat aurait été hors des paramètres de révision établis par les parties. Il y aurait donc eu modification du fond du contrat et non adaptation.

Les tribunaux ont rejeté l'argumentation de Quintette⁷². En première instance, la décision du juge en chef de la Cour suprême de Colombie-Britannique, le juge Esson, fut que rien, dans le contrat, n'empêchait le tribunal arbitral de modifier la partie « fixe » au cours de la période considérée, même s'il exprime le fait qu'il en a douté initialement. Même dans cette hypothèse, il ajoute : « But even if the board was wrong in its conclusion on that point, that would constitute mere error in interpreting the contract and would not, under the International Act, provide a ground for setting it aside.⁷³ » En Cour d'appel, le pouvoir des arbitres de procéder suivant cette méthode est clairement affirmé à partir de l'objet de la demande d'arbitrage et des clauses 7 et 9 du contrat. « Their interpretation is one which the words of the contract can reasonably bear », précisent les juges Gibbs et Proudfoot⁷⁴. Le juge Hutcheon arrive à la même conclusion, mais sa démarche est plus détaillée. Il commence par établir que la clause 7 n'aurait pas permis, à elle seule, d'aboutir au résultat donné dans la sentence puisque les arbitres ne peuvent pas modifier dans ce cadre la partie non indexée du prix⁷⁵. Par contre, la clause 9 autorise cette approche et la pratique antérieure des parties démontre que le recours à cette clause peut permettre de faire varier cette partie du prix plusieurs fois au cours d'une période quadriennale. Même si le tribunal arbitral s'est trompé ensuite en affirmant qu'il n'avait pas besoin d'utiliser cette clause 9, il bénéficie quand même de la juridiction que cette clause lui accorde⁷⁶.

⁷⁰*Loi type sur l'arbitrage commercial international*, adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dans le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Doc. off. CNUDCI, 18e sess., Supp. n° 17, Doc. NU A/40/17 (1985).

⁷¹Sur l'ensemble de ce dossier, voir W.A.W. Neilson, « Price Adjustments in Long-Term Supply Contracts : the Saga of the Quintette Coal Arbitration » (1991) 18 Can. Bus. L.J. 76 ; P.-Y. Gautier, « L'arbitrage *Quintette* devant les juges de Colombie-Britannique : la clause de *hardship*, invitation à l'*ultra petita* » [1991] Rev. arb. 611.

⁷²*Supra*, note 64.

⁷³*Quintette (S.C.)*, *supra*, note 64 à la p. 209.

⁷⁴*Quintette (C.A.)*, *supra*, note 64 à la p. 217.

⁷⁵*Ibid.* à la p. 210.

⁷⁶*Ibid.* à la p. 211.

Les juges de Colombie-Britannique n'ont pas explicitement évoqué la distinction entre erreur de droit simple et erreur de compétence. Elle est cependant implicite dans leur raisonnement. Le juge en chef Esson et les juges Gibbs et Proudfoot, en utilisant le critère de la « raisonabilité » de l'interprétation, se situent dans le cadre de l'erreur intrajuridictionnelle. Le juge Hutcheon par contre cherche d'abord à établir cette juridiction. Si celle-ci n'avait pu s'appuyer que sur la clause 7, celle d'indexation, leur erreur d'interprétation, même raisonnable, aurait été une erreur de compétence emportant nullité de la sentence, mais la clause 9 leur octroie effectivement compétence, même si le tribunal arbitral semble croire qu'il n'a pas besoin de l'utiliser. Cette dernière erreur de motivation n'a pas d'effet sur l'existence de la compétence.

La démarche du juge Hutcheon rejoint alors les principes exprimés par le juge Gonthier, maintenant à la Cour suprême du Canada, dans les jugements prononcés alors qu'il était à la Cour supérieure du Québec⁷⁷, ainsi que la distinction proposée par la Cour d'appel de Paris⁷⁸. Cette voie semble être la meilleure pour assurer un véritable contrôle judiciaire du respect de leurs pouvoirs par les arbitres chargés de procéder à une adaptation forcée d'un contrat, sans menacer l'efficacité juridique de l'arbitrage.

Conclusion

L'adaptation forcée d'un contrat par arbitrage paraît donc théoriquement possible et pratiquement utile. La jurisprudence l'entérine de manière de plus en plus assurée. Pourtant elle continue à susciter les critiques de certains auteurs qui craignent manifestement les résultats d'une démarche qui leur paraît échapper trop au contrôle des parties et des tribunaux. Un bon exemple de cette réserve est le commentaire de M. Pierre-Yves Gautier sur l'affaire *Quintette* dans la *Revue de l'arbitrage*⁷⁹.

Les deux principales critiques de M. Gautier portent sur les deux aspects développés dans ce texte : la compétence de l'arbitre pour faire jouer la clause de *hardship* et le contrôle des décisions arbitrales *ultra petita*. Leur analyse au regard de la démarche proposée antérieurement permettra de conclure de manière pratique et synthétique.

Les reproches de M. Gautier sur la compétence des arbitres portent d'abord sur la rédaction équivoque de la clause d'arbitrage. Le passage « any failure of the parties to reach agreement with respect to matters provided for herein » comme motif de saisine des arbitres ne lui paraît pas suffisant et il aurait préféré que cela soit précisé dans la clause de *hardship* elle-même⁸⁰. Cette approche n'est pourtant pas sans risque dans un contrat complexe comportant plusieurs clauses de renégociation car il aurait fallu introduire cette précision dans toutes les clauses pouvant donner ouverture à modification forcée. Par exemple une référence dans la clause 8 (*hardship*) mais pas dans la clause 9 (*Inequity*

⁷⁷*Supra*, note 62.

⁷⁸*Supra*, note 51.

⁷⁹*Supra*, note 71.

⁸⁰*Ibid.* aux pp. 617-18.

Review) aurait introduit une plus grande difficulté d'interprétation de la volonté des parties. Au contraire, le texte de la clause d'arbitrage indique assez précisément la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges résultant d'échecs de négociations qu'elles se sont engagées à mener dans le cadre de ce contrat. Même s'il reste matière à interprétation, celle-ci ne paraît pas anormalement difficile.

Un deuxième niveau de critique est que la clause ne précise pas que les arbitres ont effectivement le pouvoir de procéder à la modification. Ici, nous conviendrons immédiatement que cette précision aurait été préférable : elle aurait enlevé toute ambiguïté à cet égard. Son absence a-t-elle pour autant comme effet nécessaire de priver les arbitres de cette possibilité ? Cela est plus douteux. Les arbitres ont le devoir d'interpréter le contrat, y compris la clause d'arbitrage, pour donner effet à la volonté des parties. Or, il est difficile de voir comment donner un résultat concret au passage « any failure [...] » sans considérer qu'il comporte implicitement ce résultat là où le contrat prévoit une obligation d'adaptation, c'est-à-dire aux articles 5, 7, 8 et 9. Cette compétence ne risque pas de devenir « sans limite »⁸¹ puisqu'elle dépend étroitement du litige soumis aux arbitres et des paramètres fixés par le contrat.

Le respect de ces paramètres est au cœur du second angle de critique de M. Gautier, le caractère *ultra petita* de la sentence. Ici l'argument s'appuie sur le texte de la demande d'arbitrage qui commençait ainsi : « What Base Price should be set pursuant to Clauses 7 or 9 of the Agreement, or both, [...] »⁸². L'usage du singulier aurait interdit aux arbitres de préciser plus qu'un prix. L'argument n'emporte pas l'adhésion, d'autant qu'une règle courante d'interprétation admet qu'en droit le singulier comprend le pluriel⁸³. Mais la critique fondamentale porte beaucoup plus sur le « concert planétaire »⁸⁴ des juges qui refusent de sanctionner les éventuelles erreurs de droit des arbitres. Il est vrai que si des arbitres pouvaient impunément modifier le fond de relations contractuelles contre ou hors de la volonté des parties, le recours à l'arbitrage pour l'adaptation des contrats deviendrait une opération tellement risquée qu'il faudrait la déconseiller fermement. Même si les jugements de la Colombie-Britannique ne sont pas assez explicites de ce point de vue et mentionnent avec une insistance inutile le « world-wide trend toward restricting judicial control over international commercial arbitration awards »⁸⁵, il faut cependant noter qu'ils ne ferment pas la porte à un contrôle de la compétence des arbitres plus exigeant que celui fait en matière d'interprétation classique.

En fait, tout se tient. Pour que la pratique arbitrale puisse effectivement se développer en matière d'adaptation des contrats, ce que beaucoup de personnes semblent souhaiter, il faut admettre que le contrôle judiciaire de la compétence des arbitres qui procèdent à ces adaptations ne se limite pas aux erreurs « dérai-

⁸¹*Ibid.* à la p. 620.

⁸²*Quintette (S.C.)*, *supra*, note 64 à la p. 208 ; *Quintette (C.A.)*, *supra*, note 64 à la p. 210.

⁸³Par exemple, voir les lois d'interprétation fédérale et québécoise, *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1985, c. I-21, art. 33(2) ; *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, art. 54.

⁸⁴Gautier, *supra*, note 71 à la p. 623.

⁸⁵*Quintette (S.C.)*, *supra*, note 64 à la p. 204 et *Quintette (C.A.)*, *supra*, note 64 à la p. 215.

sonnables » mais sanctionne toute décision *ultra petita*, même raisonnable et de bonne foi. C'est à l'intérieur des limites du litige à trancher que les arbitres doivent interpréter les obligations d'adaptation convenues par les parties et que celles-ci n'ont pas été capables de mettre en oeuvre elles-mêmes.
