



FR

CONSEIL DE DIRECTION
92^{ème} session
Rome, 8-10 mai 2013

UNIDROIT 2013
C.D. (92) 4 (b)
Original: anglais
Mars 2013

Point No. 4 de l'ordre du jour: Contrats du commerce international-

b) Travaux éventuels futurs sur les contrats à long terme

(Mémoire préparé par le Secrétariat)

<i>Résumé</i>	<i>Proposition de travaux futurs sur les contrats à long terme</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Voir le paragraphe 15</i>
<i>Mandat</i>	<i>Futur Programme de travail</i>
<i>Priorité</i>	<i>Moyenne</i>
<i>Documents connexes</i>	<i>UNIDROIT 2013 – C.D.(92) 13</i>

1. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (ci-après "les principes d'UNIDROIT") – publiés pour la première fois en 1994, suivis par une deuxième édition élargie en 2004 et enfin par la troisième édition de 2010 – représentent une codification ou "restatement" non contraignante de la partie générale du droit international des contrats. L'édition actuelle contient 211 articles divisés en 11 chapitres – par rapport aux 185 articles de l'édition 2004 et aux 120 de la première édition – ; les Principes couvrent pratiquement tous les principaux sujets du droit général des contrats, tels que la formation, l'interprétation, la validité, l'exécution, l'inexécution, la cession, la compensation, les délais de prescription, etc. En raison de leur nature globale, les Principes d'UNIDROIT, dont la principale source d'inspiration a été la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), ont été décrits comme une sorte de "partie générale" du droit de la vente internationale. Toutefois, dans la pratique, s'il est vrai que les Principes d'UNIDROIT ont été appliqués par les tribunaux et des cours arbitrales principalement en ce qui concerne les contrats de vente et d'autres contrats à exécuter en une seule fois, il y a un nombre croissant de décisions relatives aux contrats à long terme tels que les contrats de distribution, de licence, des coentreprises contractuelles, etc, et aux contrats d'investissement tels que les contrats de prospection et d'exploitation, les accords de concession BOT, etc. Bien que la plupart d'entre eux soient des sentences arbitrales et en tant que telles restent confidentielles, la base de données UNILEX ne contient pas moins d'une

quarantaine de décisions relatives aux contrats à long terme et aux contrats d'investissement: dans certains cas, les Principes d'UNIDROIT ont été choisis par les parties en tant que loi applicable au contrat, mais le plus souvent ils ont été appliqués par le tribunal arbitral de sa propre initiative comme une expression des "principes généraux du droit", de la "lex mercatoria" ou similaire, visée au contrat en tant que loi applicable.

2. Ce qui reste encore à voir, c'est dans quelle mesure les Principes d'UNIDROIT apportent des solutions adéquates aussi pour les contrats à long terme en général et pour les contrats d'investissement en particulier, d'autant plus que, pour ces types de contrats, il n'existe pas d'instrument de droit international uniforme comparable à la Convention de Vienne, et les principales sources juridiques sont – en dehors des lois nationales et dans le cas des contrats d'investissement, les TBI - les contrats individuels qui, pour longs et détaillés qu'ils puissent être, de par leur nature même mettent l'accent sur des sujets propres à la transaction en cause, tout en négligeant normalement des questions de droit général des contrats.

3. Les Principes d'UNIDROIT dans leur forme actuelle contiennent déjà un certain nombre de dispositions qui répondent aux besoins particuliers des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. Il suffit de mentionner l'article 2.1.14 qui prévoit que, dès lors que les parties entendent conclure un contrat, le fait qu'elles renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers ne fait pas obstacle à la conclusion du contrat, et qui est donc particulièrement adapté à ce type de contrat dans lequel les parties, en raison de la durée du contrat et/ou de la complexité du sujet, laissent souvent indéterminé un ou plusieurs termes parce qu'elles ne peuvent ou ne veulent pas les déterminer au moment de la conclusion du contrat. De même, l'article 5.1.4 distinguant entre l'obligation de résultat spécifique et l'obligation de moyens et l'article 5.1.5 fournissant des critères pour déterminer si les parties sont soumises à l'une ou l'autre obligation, prennent en compte le fait que pendant toute leur durée, les contrats à long terme en général et les contrats d'investissement en particulier, non seulement donnent lieu à une grande variété d'obligations pour les deux parties impliquées, mais le degré de diligence requise dans l'exécution de ces obligations varie considérablement d'une obligation à l'autre. En outre, également les articles 6.2.2 et 6.2.3 sur le *hardship* tiennent compte du fait que les contrats à long terme en général et les contrats d'investissement en particulier, sont pour un ensemble de raisons particulièrement exposés aux conséquences de la survenance d'événements imprévisibles qui peuvent considérablement modifier l'équilibre du contrat convenu à l'origine entre les parties, ce qui exige la renégociation et, finalement, l'adaptation du contrat de façon à rétablir l'équilibre initial.

4. D'un autre côté, il ne fait aucun doute qu'il y a d'autres questions particulièrement pertinentes dans le contexte des contrats à long terme en général et des contrats d'investissement en particulier que les Principes d'UNIDROIT dans leur forme actuelle, ne traitent pas du tout, ou de manière insuffisante.

5. A titre d'exemple, en raison de leur complexité, les contrats à long terme en général et les contrats d'investissement en particulier sont souvent conclus après des négociations prolongées sans une séquence identifiable d'offre et d'acceptation, avec pour conséquence qu'il peut être difficile de déterminer si et, le cas échéant, quand, un accord contraignant a été atteint. Les Principes d'UNIDROIT traitent les deux questions, mais seulement en termes généraux. Ainsi, l'article 2.1.1 prévoit que "[un] contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit *par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord*" (italiques ajoutées). Pour sa part, le commentaire officiel de l'article 5.3.1 se réfère aux procédures dites de "*closing*" que les parties peuvent prévoir lors de la négociation de transactions complexes et de grande valeur, et qui consistent en la reconnaissance formelle ("*closing*"), à une date déterminée ("*closing date*"), qu'à cette date, toutes les conditions prévues (conditions "*préalables*" ou "*precedent*") sont satisfaites.

Toutefois, que se passe-t-il si, en raison de la nature complexe de la transaction, les négociations se déroulent par phases et l'accord n'est atteint que peu à peu, les parties échangeant des écrits connus sous une variété de noms, tels que les "lettres d'intention", "accords de principe", "protocoles d'accord", etc. ? Tous ces écrits ont en commun qu'ils ne représentent pas l'accord final dans son intégralité, mais leur nature précise et leurs effets juridiques sont loin d'être évidents (une simple indication de l'intention d'une partie à ouvrir des négociations avec l'autre partie en vue de parvenir à un accord sur des questions particulières, sans engagement de sa part ?, un soi-disant contrat préliminaire, c'est-à-dire un accord contraignant entre les parties en vue de la conclusion, à un stade ultérieur, d'un contrat avec des termes déjà convenus ?, etc.). De même, que se passe-t-il si, au cours des négociations, les parties signent un document informel, généralement appelé "accord préliminaire", contenant les termes de l'accord conclu à ce stade, mais déclarent en même temps leur intention de prévoir l'exécution d'un document formel à un stade ultérieur, en incluant un libellé comme "Sous réserve de contrat" ou "Accord formel à suivre" ? Les déclarations de ce genre sont certainement recevables en vertu des Principes d'UNIDROIT, car les parties peuvent déroger au principe général énoncé à l'article 1.2, selon lequel la conclusion d'un contrat n'est soumise à aucune exigence quant à la forme. Les problèmes en jeu sont ailleurs. Tout d'abord, les questions de forme sont-elles de nature constitutive, à savoir les parties avaient-elles l'intention de subordonner la conclusion du contrat à l'exécution du document officiel, ou ont-elles plutôt voulu des exigences de forme simplement à des fins de preuve ? En outre, si l'exigence de forme particulière est entendue comme étant de nature constitutive, la conduite ultérieure des parties peut-elle y déroger ?

6. En outre, l'article 2.1.14 prévoyant que lorsque les parties entendent renvoyer la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers, l'existence du contrat n'est pas compromise du fait que, par la suite, les parties ne sont pas parvenues à un accord ou le tiers n'a pas pris de décision à condition qu'il y ait un autre moyen de déterminer cette clause, peut devoir être étoffé pour le cas où les parties envisagent l'intervention d'une tierce personne. En particulier, est-ce que cette personne doit être un expert indépendant ou peut-il s'agir d'un expert lié à l'une des parties (par exemple, un ingénieur de l'employeur dans les contrats de construction) ? Et qui doit nommer le tiers si les parties ne parviennent pas à un accord sur sa nomination ? Enfin, la détermination par le tiers peut-elle être remise en cause par l'une des parties et, le cas échéant, pour quels motifs ?

7. Egalement, l'article 2.1.15 énonçant en termes généraux l'obligation des parties de négocier de bonne foi - *rectius*: ne pas négocier de mauvaise foi -, semble avoir besoin de précision supplémentaire en ce qui concerne les contrats à long terme en général et les contrats d'investissement en particulier qui sont normalement le résultat de négociations longues et peuvent également, au cours de leur exécution, devoir en un certain nombre d'occasions être (re) négociés. Afin de donner des directives aux parties et, en cas de litige, aux tribunaux et aux tribunaux arbitraux, on pourrait penser indiquer plus en détail quelles sont les obligations spécifiques qu'implique l'obligation générale de (re-) négocier de bonne foi, par exemple de faire un sérieux effort pour parvenir à un accord, de produire toutes les informations pertinentes, de faire des suggestions concrètes pour un éventuel accord au lieu de simples déclarations générales de volonté, d'obtenir des conseils d'experts dans les procédures complexes de concertation, d'éviter des retards inutiles dans la procédure de concertation, etc.

8. Mais aussi en ce qui concerne les conséquences de la négociation de mauvaise foi, les Principes d'UNIDROIT indiquent simplement que "[...] la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie" (article 2.1.15 (2)), et le commentaire officiel précise que "[...] le créancier peut recouvrer les dépenses encourues lors des négociations et peut aussi être indemnisé pour l'occasion manquée de conclure un autre contrat avec un tiers [...]" et que "[l]es parties ne pourront disposer de tous les

moyens en cas de rupture du contrat, y compris le droit à l'exécution du contrat, que si celles-ci ont expressément convenu d'un devoir de négociier de bonne foi". Compte tenu de l'importance pratique considérable de la question, en particulier dans le cadre des contrats à long terme en général et des contrats d'investissement en particulier, il peut être opportun de l'examiner plus en détail, en distinguant les voies de recours en cas de rupture du devoir général de négociier de bonne foi et celles en cas de manquement à un devoir convenu par contrat de négociier de bonne foi.

9. De même, étant que les contrats à long terme sont de par leur nature "évolutifs", c'est-à-dire que les obligations des parties ne peuvent pas être entièrement déterminées à l'avance, l'article 5.1.1 qui prévoit que les obligations des parties ne sont pas limitées à celles expressément indiquées dans le contrat mais peuvent également être implicites, peut devoir être affiné. Il est vrai que l'article 5.1.2 déclarant que "[l]es obligations implicites découlent (a) de la nature et du but du contrat; (b) des pratiques établies entre les parties et des usages; (c) de la bonne foi; (d) de ce qui est raisonnable", fournit une première indication quant aux sources des obligations implicites. Toutefois, en ce qui concerne les contrats à long terme en général et les contrats d'investissement en particulier, de plus amples détails seraient certainement nécessaires, en particulier en ce qui concerne l'alinéa a), à savoir les obligations implicites découlant de la nature et du but de ce type de contrat.

10. On peut dire la même chose, *mutatis mutandis*, de l'article 5.1.3 qui ne prévoit qu'en termes généraux le devoir de coopération des parties et peut donc devoir être précisé en raison du fait que le devoir de coopération dans le cadre de l'exécution du contrat est particulièrement pertinent dans le contexte des contrats à long terme ou ceux que l'on appelle les contrats "relationnels". Il suffit de mentionner que dans les contrats de ce genre une partie, en plus d'être soumise à l'obligation de ne pas entraver l'exécution de l'autre partie, peut souvent même avoir une obligation de collaboration active, auquel cas des questions supplémentaires se posent comme celle de la répartition des coûts de cette coopération.

11. Les Principes d'UNIDROIT accordent à la partie lésée le droit de demander l'ouverture de renégociations seulement en cas de *hardship* (article 6.2.3), tandis que dans le cas de force majeure, la partie touchée par la survenance de l'empêchement ne peut l'invoquer que comme une exception en vue de son exonération de conséquences de son inexécution (article 7.1.7). En ce qui concerne les contrats à long terme en général, et les contrats d'investissement en particulier, dans lesquels, normalement, aucune des deux parties aurait intérêt à mettre fin à une relation qui peut avoir duré des années et/ou impliqué un investissement important, il peut être soutenu que même en cas de force majeure les deux parties devraient être obligées à renégocier en vue d'adapter le contrat à la nouvelle situation avant de recourir à d'autres mesures telles que la suspension de l'exécution ou à la résiliation du contrat.

12. Bien que plutôt rares, il y a des cas où la durée des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, n'est ni déterminée ni déterminable, ou les parties ont stipulé que le contrat est conclu pour une durée indéterminée. Pour tous ces cas, l'article 5.1.8 prévoit que chacune des parties peut résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis d'une durée raisonnable: accorder aux parties un tel droit unilatéral de mettre fin au contrat peut ne pas être suffisant et il conviendrait de prévoir, de manière analogue à l'article 7.3.7, qu'après la résolution du contrat, la restitution est exclue.

13. De façon plus importante, les Principes d'UNIDROIT ne traitent pas la question de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, les parties au contrat à long terme peuvent, même en l'absence de toute disposition spéciale à cet effet, mettre fin à leur contrat pour rupture irréparable du climat de confiance (ce que l'on appelle "la résiliation pour juste cause"). Les contrats à long

terme en ce que l'on appelle habituellement les "contrats relationnels", c'est-à-dire des contrats qui donnent lieu à une relation plus ou moins durable basée sur la confiance entre les parties et un devoir permanent de coopérer afin de permettre à chaque partie d'exécuter correctement ses obligations. En conséquence, ces contrats sont soumis non seulement aux risques habituels d'une violation par l'une des parties ou à la survenance d'événements rendant l'exécution impossible ou excessivement plus onéreuse, mais aussi au risque d'une rupture irréparable de confiance réciproque des parties qui rend la poursuite de leur relation, au moins pour l'une des parties, impossible. Bien sûr, lors de la conclusion de contrats à long terme de ce genre, les parties ont tout intérêt à traiter la question et, en fait, le font souvent dans la pratique, par des clauses de résiliation définissant les cas dans lesquels le contrat peut être résilié pour cette raison, et précisant la façon dont le droit de résilier peut être exercé (par exemple, par simple avis à l'autre partie ou par une décision de justice), si la résiliation prend effet immédiatement ou seulement après un certain laps de temps, si la partie qui résilie ou l'autre partie a droit à des dommages-intérêts, etc. Toutefois, un problème se pose lorsque le contrat est muet sur cette question et on peut faire valoir que les Principes d'UNIDROIT, comme un certain nombre de législations nationales (par exemple, § 314 du Code civil allemand (tel que modifié en 2001)) devraient prévoir des règles supplétives sur ce qu'on appelle la résiliation des contrats à long terme pour juste cause.

14. Dernier point, mais pas le moindre, les contrats d'investissement posent un certain nombre de problèmes particuliers si, comme c'est souvent le cas, ils sont dits "contrats de l'Etat", c'est-à-dire stipulés entre investisseurs privés et le Gouvernement ou un organisme gouvernemental de l'Etat hôte. Les questions les plus controversées concernent la survenance des changements dans les lois du pays d'accueil qui affectent négativement l'investissement étranger. Les contrats d'investissement contiennent normalement des clauses dites de stabilisation, à savoir, des clauses qui soit empêchent l'application, ou exigent une indemnisation pour, de mesures réglementaires nouvelles ou modifiées affectant l'investissement, ou des clauses dites d'adaptation, c'est-à-dire des clauses qui, en cas de modifications dans la loi applicable, accordent à l'investisseur étranger le droit de demander la renégociation en vue d'adapter le contrat à la nouvelle situation. Ce qui reste à voir c'est si ces garanties dans les contrats d'investissement (et peut-être renforcées dans le TBI conclu entre l'Etat hôte et l'Etat d'origine de l'investisseur étranger) fonctionnent également en ce qui concerne les mesures réglementaires édictées pour des objectifs publics légitimes, comme la santé publique, la sécurité, l'environnement et - particulièrement important dans le secteur agricole - les pénuries de nourriture et d'eau. Et en effet, on peut soutenir que l'Etat hôte, au moins dans les cas d'extrême urgence, peut avoir un intérêt légitime à invoquer l'exception de force majeure afin d'exclure toute responsabilité de sa part. Alternativement, l'Etat hôte peut être en droit d'appliquer par analogie les dispositions que l'on trouve dans de nombreux accords bilatéraux permettant des restrictions à l'exportation de capitaux étrangers en cas de crise économique ou fiscale, ou la suspension des obligations découlant du traité dans l'intérêt de la sécurité nationale. Dans tous les cas, il peut être opportun de prévoir que, lorsque l'Etat hôte adopte ces mesures d'urgence, les parties doivent entamer des négociations de bonne foi afin de parvenir à une solution mutuellement acceptable.

15. Si le Conseil de Direction décidait de commencer à travailler sur les contrats à long terme en général et les contrats d'investissement en particulier, on pourrait envisager trois approches différentes. Une solution consisterait à procéder à un examen attentif des dispositions et des commentaires de la présente édition des Principes d'UNIDROIT en vue de déterminer les modifications / ajouts, le cas échéant, à apporter afin de tenir compte des besoins particuliers des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. Une autre approche serait de préparer une sorte de supplément à l'édition actuelle des Principes d'UNIDROIT, c'est-à-dire une publication séparée contenant des dispositions et des commentaires traitant spécifiquement des questions pertinentes dans le cadre de contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. Enfin, on pourrait envisager l'élaboration d'un "Guide

juridique pour l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2010 dans les contrats à long terme et les contrats d'investissement" indiquant la façon dont les parties peuvent, dans leur contrat, adapter ou compléter les dispositions de la version actuelle des Principes d'Unidroit pour répondre aux besoins particuliers des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier.