



FR

CONSEIL DE DIRECTION
93^{ème} session
Rome, 7-10 mai 2014

UNIDROIT 2014
C.D. (93) 3
Original: anglais
avril 2014

Point No. 3 de l'ordre du jour: Contrats du commerce international –

Travaux éventuels futurs sur les contrats à long terme

(préparé par le Secrétariat)

<i>Sommaire</i>	<i>Proposition de travaux futurs sur les contrats à long terme</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Voir le paragraphe 42</i>
<i>Mandat</i>	<i>Programme de travail 2014-2016</i>
<i>Priorité</i>	<i>Basse</i>
<i>Document connexe</i>	<i>UNIDROIT 2013 – C.D.(92) 4 b)</i>

I. INTRODUCTION

1. Lorsqu'il a approuvé la deuxième édition des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international en 2004, le Conseil de Direction a recommandé que les Principes deviennent un projet permanent au Programme de travail de l'Institut, et a chargé le Secrétariat de suivre leur utilisation par les communautés juridiques et commerciales internationales et de solliciter des commentaires et des suggestions quant à d'autres sujets à traiter dans les futures nouvelles éditions ¹.

2. L'édition actuelle 2010 des Principes d'UNIDROIT, qui contient 211 articles – accompagnés de commentaires – divisés en 11 chapitres, 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. Toutefois, si les Principes d'UNIDROIT peuvent sans aucun doute être considérés comme une sorte de "partie générale" du droit régissant les contrats de vente internationale et d'autres contrats à exécuter en une seule fois, il reste à voir dans quelle mesure les Principes d'UNIDROIT apportent des solutions adéquates également pour les contrats à long terme en général et pour les contrats d'investissement en particulier.

¹ Cf. UNIDROIT 2004 – C.D.(83) 24, p. 13.

II. CONSTATATION PRELIMINAIRE DU SECRETARIAT

3. Lors de sa 92^{ème} session en mai 2013, le Conseil de Direction d'UNIDROIT a été saisi d'un document préparé par le Secrétariat concernant des travaux éventuels futurs sur les contrats à long terme en général, et les contrats d'investissement en particulier (cf. UNIDROIT 2013 . C.D. (92) 4(b)).

4. Le document rappelait que les Principes d'UNIDROIT dans leur forme actuelle contiennent déjà un certain nombre de dispositions qui tiennent compte, tout au moins dans une certaine mesure, des 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.

5. D'un autre côté, le document soulignait 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.

- a) 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 (voir l'article 2.1.1 et le commentaire 5 de l'article 5.3.1). 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. 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" ? Dans un tel cas, 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?

- b) 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 ?
- c) 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.
- d) 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 négocier 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 négocier de bonne foi et celles en cas de manquement à un devoir convenu par contrat de négocier de bonne foi.
- e) Etant 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 car l'article 5.1.2 ne fournit qu'une première indication quant aux sources des obligations implicites.
- f) 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 préciser 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 en général, et des contrats d'investissement en particulier.
- g) 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.

- h) 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.
- i) 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.
- j) 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.

III. DELIBERATIONS AU SEIN DU CONSEIL DE DIRECTION

6. Le Conseil de Direction a exprimé sa satisfaction eu égard au document du Secrétariat qui constituait une base utile pour un examen futur du sujet des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. Toutefois, à ce stade initial, la discussion du Conseil s'est concentrée sur des questions générales comme celle de savoir si le sujet devait être inscrit au Programme de travail 2014-2016 de l'Institut et, le cas échéant, quelle devrait être l'approche envisagée.

7. Quant à la première question, l'opinion générale a été que le sujet revêtait un intérêt considérable et devrait certainement figurer au Programme de travail de l'Institut.

8. Les avis étaient toutefois partagés quant à l'approche à adopter. Un point de vue était favorable à l'idée de modifier le texte actuel des Principes d'UNIDROIT en insérant, le cas échéant, de nouvelles dispositions et/ou des commentaires. Cette approche semblait exiger moins de ressources à la fois en termes de temps et de finances; de plus, elle aurait l'avantage de permettre aux utilisateurs de trouver toutes les dispositions et commentaires, y compris ceux relatifs aux contrats à long terme en général et aux contrats d'investissement en particulier, dans un seul et même instrument.

9. Selon un autre avis, il serait préférable 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 portant spécifiquement sur les questions de pertinence dans le cadre des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. A l'appui de cette dernière approche, il a été fait observer qu'il serait difficile d'adapter l'édition actuelle des Principes aux nouveaux besoins sans les atténuer ou affecter le texte existant. Il a également été estimé que reprendre les Principes si tôt après la fin de l'édition 2010 pourrait saper l'autorité de l'édition actuelle.

10. Compte tenu des différents points de vue exprimés, le Conseil de Direction a finalement décidé de reporter la décision sur l'approche à adopter jusqu'à ce que le champ d'application des travaux soit mieux défini et a invité le Secrétariat à entreprendre des travaux préliminaires en interne pour identifier les questions liées aux contrats d'investissement et autres contrats à long terme qui ne seraient pas traitées de manière adéquate dans l'édition 2010 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (cf. C.D. (92) 17, para. 33).

IV. CONSULTATIONS ULTERIEURES MENEES PAR LE SECRETARIAT

11. Suite à cette décision, le Secrétariat a entrepris une enquête parmi les membres et les observateurs du Groupe de travail qui avaient préparé l'édition 2010 des Principes d'UNIDROIT ainsi qu'auprès d'autres experts qui au fil des années avaient exprimé un intérêt particulier pour les Principes, en sollicitant des commentaires et des suggestions quant aux travaux proposés sur les contrats à long terme en général, et les contrats d'investissement en particulier.

12. Toutes les réponses parvenues au Secrétariat² ont souligné l'importance du sujet qui compléterait utilement la version actuelle des Principes et ont accueilli favorablement la décision du

² Les personnes suivantes ont envoyé des commentaires: Berhooz Akhlaghi (Iran), Christian v. Bar (Allemagne), Neil Cohen (USA), Francois Dessemontet (Suisse), Paul Finn (Australie), Marcel Fontaine (Belgique), Michael Furmston (Royaume Uni/Singapour), Arthur Hartkamp (Pays-Bas), Ole Lando (Danemark), Pilar Perales Viscasillas (Espagne), Hilmar Raeschke-Kessler (Allemagne), Takaschi Uschida (Japon), Zhang Yuqin (Chine), Reinhard Zimmermann (Allemagne).

Conseil de Direction de recommander son inclusion au Programme de travail de l'Institut 2014-2016.

13. Certes, compte tenu des notions assez vagues de contrats à long terme en général, et de contrats d'investissement en particulier, il pourrait s'avérer difficile de définir exactement la portée du travail envisagé (von Bar; Fontaine). Il a été suggéré d'aller au-delà d'une définition large ou libérale des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, et d'envisager à cet effet la durée du contrat comme simplement l'un des aspects à prendre en compte, étant donné que d'autres aspects, comme la nature associative ou "relationnelle" des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, par opposition à la nature purement synallagmatique des contrats d'échange ordinaires, représentait un élément tout aussi important, sinon encore plus important (Cohen, Dessemontet, Fontaine).

14. S'agissant des questions spécifiques énumérées dans la Note du Secrétariat, il a été estimé à l'unanimité qu'elles représentaient une bonne base de discussion, et certains ont fait des suggestions supplémentaires.

15. Un soutien fort a été exprimé pour la proposition d'aborder la question de la résiliation pour juste cause (voir *supra*, para. 5 i)). Il a été rappelé (Cohen, Zimmermann) que le sujet avait déjà été largement discuté dans le cadre de la préparation de l'édition 2010 des Principes d'UNIDROIT, et souligné que la décision de ce Groupe de travail d'abandonner son travail sur ce sujet n'était pas fondée sur le sentiment que la rédaction d'une règle sur ce point pourrait ne pas être nécessaire ou possible. Plus significatif encore: parmi les partisans de la proposition on ne comptait pas seulement des experts des pays de droit civil, mais aussi un éminent magistrat australien (Finn) qui, dans un arrêt récent concernant la fin d'une relation d'affaires à long terme entre un fabricant australien et un distributeur de Singapour (cf. *Australian Medic-Care Company Ltd v Hamilton Pharmaceutical Pty Limited*) a ouvertement dénoncé l'insuffisance de la législation australienne en matière de rupture de la confiance mutuelle entre les parties à des contrats à long terme, en soulignant qu'il n'est pas raisonnable de dire que les parties auraient dû mieux protéger leurs droits pour l'avenir dans les dispositions de leur contrat. Un expert américain (Cohen), et donc un expert ne provenant pas d'un pays de droit civil, est venu apporter son soutien supplémentaire à l'idée d'aborder la question d'une façon ou d'une autre. Il s'agit d'une personne qui joue un rôle de premier plan dans le développement et le perfectionnement du droit commercial américain en vertu du *Uniform Commercial Code* américain.

16. La proposition visant à développer davantage l'article 2.1.14 des Principes d'UNIDROIT en matière de contrats conclus avec renvoi de la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers (voir *supra*, para. 5 let. b)) a également reçu un large soutien.

17. Il a été souligné (Zimmermann) qu'il fallait considérer la règle contenue dans l'article 2.1.14 relative à la détermination de la teneur du contrat, en relation avec l'article 5.1.7, et que l'on pourrait remettre en question, tout d'abord, le fait que traiter la même question dans deux endroits différents soit une bonne solution, d'autant plus qu'il n'y avait aucune raison impérieuse de limiter l'article 5.1.7 à la question de la détermination du prix. Sur ces deux points, les Principes d'UNIDROIT se distinguaient des autres instruments internationaux (voir, plus récemment, l'article 75 du projet de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente), et l'on pourrait envisager d'adopter la même approche que ce dernier instrument.

18. Plus important encore, les dispositions pertinentes des Principes d'UNIDROIT - tout comme celles des autres instruments internationaux - étaient fragmentaires. Comme l'a souligné également la note du Secrétariat, elles ne traitent pas des normes qui doivent être observées par le tiers, ni des conditions de procédure. Elles n'indiquent pas non plus ce qui se passerait si la décision du tiers était manifestement déraisonnable, ou en cas d'une défaillance du mécanisme,

par exemple, si le tiers ne prend pas la décision: le tribunal, ou un tribunal arbitral, était-il alors habilité à prendre une décision? Ou le tribunal pourrait-il remplacer le tiers par quelqu'un d'autre ?

19. De façon plus générale, il a été noté (Cohen) que, puisque les parties à un contrat à long terme sont bien conscientes du fait que le contexte qui a donné lieu à la relation est susceptible de changer au fil du temps, les contrats à long terme sont plus susceptibles d'incorporer des normes externes, que ce soit pour mesurer l'exécution ou pour déterminer le paiement. Ces normes externes, parce qu'elles peuvent changer avec l'évolution des circonstances, peuvent être très utiles, mais elles peuvent poser des difficultés importantes si ces normes viennent à manquer ou deviennent inappropriées avec le temps.

20. Il a en outre été remarqué (Zimmermann) que les Principes d'UNIDROIT sont silencieux sur une question connexe qui revêt une grande importance pratique. Que va-t-il se passer si le tiers n'est pas tenu de déterminer une clause du contrat, mais d'évaluer certains faits que, par manque d'expérience, les parties ne sont pas en mesure d'évaluer elles-mêmes? En Allemagne, ce point est examiné sous le titre de "*feststellendes Schiedsgutachten*", indiquant que ce que le tiers fait est d'un caractère purement déclaratoire; voir également les articles 7:904 et 7:906 (2) du Code civil néerlandais qui fournit les mêmes règles pour le "*feststellendes Schiedsgutachten*" et la détermination d'une clause contractuelle par un tiers, tandis qu'en droit anglais les deux sont discutés sous le titre de "*expert determination*".

21. Toujours compte tenu du fait qu'en raison de la nature "évolutive" des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, les obligations des parties ne peuvent être entièrement déterminées à l'avance et peuvent nécessiter des adaptations en cours d'exécution (voir *supra*, para. 5 let. e)), il a été souligné (Finn) que, même si les parties discutent longuement quelles seront les clauses de leur contrat, leur comportement au fil du temps s'écarte souvent de ces clauses, parfois pour de très bonnes raisons. Cette asymétrie peut, au moins dans les pays de common law, être la cause de grandes difficultés en cas de litige, car les règles sur la variation, la renonciation, le "comportement incohérent" et les clauses de "modification non verbale" peuvent malheureusement entrer en conflit (voir par exemple *GEC Marconi Systems Pty Ltd v BHP Information Technology Pty Ltd* (2003) 128 FCR 1).

22. Il a également été noté (Finn) que la question connexe de savoir quel est le véritable contrat entre les parties peut parfois être très controversée, en particulier lorsque les parties elles-mêmes reconnaissent que le contrat est un contrat évolutif qui, par exemple, est susceptible d'exiger des clauses supplémentaires, une renégociation, etc, mais que ce qui a déjà été convenu et ce qui doit encore l'être, est contesté entre les parties (voir, par exemple *South Sydney District Rugby League Football Club Ltd v News Ltd* [2000] CAF 1541).

23. Une première réponse à ces questions peut être trouvée dans la reconnaissance de l'importance particulière, pour l'interprétation des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, que revêt l'article 4.3 des Principes d'UNIDROIT et de la référence qui y est contenue aux "pratiques établies entre les parties" et au "comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat" comme un moyen d'interprétation (Fontaine). A cet égard, il a été souligné (Cohen) que, parce que les contrats à long terme impliquent de par leur nature une exécution répétée (et la possibilité répétée pour une partie de faire opposition si elle est mécontente), le comportement tenu après la conclusion d'un contrat peut fournir la base de conclusions quant à ce que les parties estiment être leurs obligations et, par conséquent, peut être un outil utile dans l'interprétation du contrat.

24. En outre, et plus important encore, on pourrait envisager la création d'une structure spécifique permanente, comme un "comité de gestion du contrat", chargé de contrôler l'évolution du contrat sur la durée et de proposer des adaptations qui peuvent sembler souhaitables, même au-delà de perturbations majeures telles que la force majeure ou le *hardship* (Fontaine).

25. En ce qui concerne la proposition d'élaborer davantage l'obligation de négocier de bonne foi prévue en termes généraux à l'article 2.1.15(1) des Principes d'UNIDROIT au motif que les contrats à long terme en général, et les contrats d'investissement en particulier, ne sont pas seulement normalement conclus après de longues négociations, mais peuvent aussi exiger des (re) négociations un certain nombre de fois au cours de leur exécution (voir *supra*, para. 5 let. (c)), il a été rappelé (Zimmermann) que les clauses de médiation sont introduites, de plus en plus souvent, dans les contrats commerciaux, notamment dans le cadre des contrats à long terme. On pourrait par conséquent envisager de lier les renégociations à la médiation afin de "sauver le contrat", autant que possible, en accord avec la notion de l'autonomie des parties.

26. Egalement eu égard à la proposition d'élaborer davantage le devoir de coopération prévue en termes généraux à l'article 5.1.3 des Principes d'UNIDROIT (voir *supra*, pars. 5 let. f)), il a été noté (Finn) que, bien que la "coopération" a une grande importance dans la pratique pour le contrat relationnel en particulier, les Principes d'UNIDROIT ne la reconnaissent qu'implicitement.

27. S'agissant de la question des négociations de mauvaise foi et de ses conséquences (voir *supra*, para. 2, let. d)), il a été souligné (Finn) que, en effet, de nombreux contrats à long terme envisagés ne deviennent pas réalité après de longues périodes de négociations préliminaires, travaux préparatoires, etc., souvent à grands frais pour l'une des parties. On trouve de nombreux exemples aussi dans les juridictions de common law qui portent sur des accords envisagés de distribution ou de franchise, des coentreprises contractuelles, des locations de bâtiments à construire, des appels d'offres longs mais infructueux, etc. Ces cas peuvent donner lieu à des questions aussi variées que "mauvaise foi dans les négociations" (article 2.1.15(2) des Principes d'UNIDROIT), "interdiction de se contredire" (article 1.8 des Principes d'UNIDROIT), contrat préliminaire et enrichissement sans cause / restitution et, à ce propos, une référence a été faite à deux décisions australiens, à savoir *Gibson Motorsport Merchandising Pty Ltd v Forbes* (2006) 149 569 FCR (Aust) et *Hughes Aircraft Systems International Air Services v Australia* [1997] CAF 558).

28. Un soutien a également été exprimé (Zimmermann) à l'égard de la proposition (voir *supra*, para. 5 let. h)) de modifier l'article 5.1.8 des Principes d'UNIDROIT, qui est particulièrement pertinente, notamment à l'égard des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, de manière à ce qu'il soit clair, comme à l'article 7.3.7, que lorsque le contrat a pris fin la restitution pour la période antérieure est exclue.

29. En ce qui concerne le *hardship* et la force majeure, il a été noté (Cohen) que les types de changement de circonstances qui pourraient constituer un *hardship* en vertu de l'article 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT sont plus susceptibles de se produire dans le cadre des contrats à long terme, et peuvent conduire à une grande variété de types de mesures demandées par la partie lésée.

30. Enfin, certaines propositions non directement liées à l'une des questions soulevées dans la note du Secrétariat ont été présentées.

31. Ainsi, il a été rappelé (Fontaine) que les contrats à long terme sont souvent mis en œuvre par un groupe de contrats liés, simultanés (par exemple, des accords contractuels distincts concernant le financement ou l'assistance technique) ou successifs (par exemple, un contrat-cadre à mettre en œuvre par la conclusion future de contrats spécifiques). D'où la proposition d'envisager au moins quelques-uns des aspects relatifs à ces relations.

32. Par ailleurs, il a été souligné (Fontaine) que les Principes d'UNIDROIT ne faisaient qu'une référence marginale aux obligations post-contractuelles: en effet, l'article 7.3.5 (3) prévoit simplement que la résolution "n'a pas d'effet sur les clauses du contrat relatives au règlement des différends ni sur toute autre clauses destinée à produire effet même en cas de résolution". Compte tenu du fait que dans le cadre des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier, la question des obligations post-contractuelles est certainement plus complexe, on pourrait envisager de la traiter d'une manière plus spécifique.

33. Il a également été noté (Cohen) que les Principes d'UNIDROIT actuels traitent du *hardship* et de la force majeure mais, dans le cadre des contrats à long terme, d'autres événements futurs tels que la non-conformité à une norme convenue qui détermine les obligations de paiement ou d'exécution des obligations d'une partie, peuvent également se produire et devaient être traités.

34. De manière plus générale, il a été observé (Cohen) que, après une longue période de temps, des dispositions convenues dans le passé lointain qui avaient une raison d'être à l'époque peuvent sembler stupides ou bizarres de nombreuses années plus tard. Il conviendrait par conséquent de s'interroger si, et dans quelles circonstances, on pourrait prévoir des mesures pour se protéger d'une application insoupçonnable d'éléments anachroniques présents dans des accords conclus dans un passé lointain.

35. Avec une référence particulière aux contrats d'investissement, il a été souligné (Raeschke-Kessler) que les litiges qui en découlent sont souvent soumis aux traités bilatéraux ou multilatéraux en matière d'investissement applicables, mais que dans le cas où le tribunal arbitral se prononce en faveur de l'investisseur étranger, l'exécution de la sentence peut être compromise en raison de la doctrine de l'immunité des Etats invoquée par l'Etat hôte. D'où la suggestion de traiter la question dans les Principes d'UNIDROIT.

36. Enfin, plusieurs réponses ont commenté l'approche à adopter dans les travaux envisagés sur les contrats à long terme en général, et les contrats d'investissement en particulier.

37. Un expert (Fontaine) était favorable à la préparation d'un guide juridique indiquant comment les parties peuvent, dans leur contrat, adapter ou compléter les dispositions de l'édition actuelle des Principes d'UNIDROIT pour répondre aux besoins particuliers des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. A l'appui de cette solution, il a été souligné que les questions supplémentaires qui se posent en ce qui concerne ces types de contrats devraient être traitées avec une souplesse que les dispositions, même si elles ne sont pas contraignantes, ne peuvent pas toujours offrir.

38. D'autres (Lando, Perales Viscasillas, Yuqing Zhang) ont exprimé leur préférence pour la préparation d'une sorte de supplément à l'édition actuelle des Principes d'UNIDROIT, à savoir une publication séparée contenant des dispositions et des commentaires portant spécifiquement sur les questions pertinentes dans le contexte des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier.

39. Pourtant, la majorité (Cohen, Finn, Hartkamp, Uchida, Zimmermann) a été nettement favorable à un examen attentif à la fois des dispositions et des commentaires de l'édition actuelle des Principes d'UNIDROIT en vue de déterminer les modifications et / ou ajouts à apporter afin de tenir compte des besoins particuliers des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier.

40. A l'appui de cette approche, il a été souligné (Zimmermann) que certaines des questions à prendre en considération (par exemple, la détermination des clauses contractuelles manquantes par un tiers) concernent le droit des contrats en général, même si elles revêtent une importance particulière dans le contexte des contrats à long terme en général, et des contrats d'investissement en particulier. En outre, les parties à des contrats du commerce international, ainsi que les arbitres préfèrent trouver toutes les règles dans un texte exhaustif plutôt que de devoir comparer deux documents.

41. En outre, et plus important encore, il a été estimé (Zimmermann, Finn) que relativement peu de questions examinées- surtout la résiliation pour juste cause - sembleraient exiger des dispositions supplémentaires (ou des amendements aux règles existantes) aux Principes d'UNIDROIT. La plupart pourraient être traitées par des ajouts aux commentaires et / ou par des renvois dans les commentaires lorsqu'une "famille" d'articles pourrait éventuellement s'appliquer dans un cas donné. Il a également été suggéré (Finn) que, étant donné que certains des articles déjà existants des Principes d'UNIDROIT ont une importance majeure pour les contrats à long terme,

et notamment relationnels, que pour les autres, le régime des Principes d'UNIDROIT devrait refléter cela ouvertement.

V. ACTION DEMANDEE

42. *A la lumière de ce qui précède le Conseil de Direction souhaitera peut-être à titre provisoire entériner l'approche proposée par la majorité des experts jusqu'ici consultés par le Secrétariat (voir supra, para. 39) et charger le Secrétariat de mettre en place un Comité de pilotage restreint composé d'experts qui ont exprimé un intérêt particulier en ce qui concerne les travaux proposés sur les contrats à long terme en général, et les contrats d'investissement en particulier, dans le but de formuler des propositions précises de modifications et d'adjonctions appropriées aux dispositions actuelles et aux commentaires des Principes d'UNIDROIT en vue d'une première lecture par le Conseil à sa 94^{ème} session en 2015.*