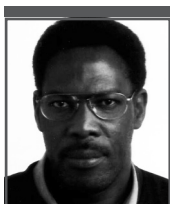


Opérations de grande ampleur

LE LONG TERME : FACTEUR DE RISQUE DANS L'EXÉCUTION DES MONTAGES ET ENSEMBLES DE CONTRATS



CHARLES ZAGOH
Docteur
en droit

Enseignant

EDHEC Business
School Lille - Nice

Les montages et les ensembles de contrats donnent souvent lieu à des opérations de grande ampleur impliquant de nombreux partenaires aux intérêts divers et variés. Ces figures juridiques complexes ont besoin de temps pour leur mise en place et leur réalisation. Toujours est-il que des modifications peuvent intervenir ou des bouleversements survenir du fait d'une durée d'exécution relativement longue, un risque qu'il faudra absolument maîtriser et traiter avec des moyens juridiques appropriés, ou à défaut, à la lumière des solutions proposées par la pratique internationale.

Le long terme a toujours posé, et continue de poser, problème dans l'exécution des contrats, eu égard aux bouleversements de l'équilibre contractuel qui peuvent naître de son fait, tant sur le plan technologique, commercial, monétaire que sur celui, plus général, de l'économie du contrat. Le phénomène de la durée sur les contrats constitue une préoccupation majeure pour les cocontractants en général et une inquiétude particulière pour le contractant qui le subit directement. La question fait d'ailleurs depuis quelques années l'objet d'études attentives¹ et de recherche sur la prise en compte

du risque que le temps fait peser sur les conventions de longue durée. Les différentes solutions qui ont été apportées au problème du long terme et au phénomène de la durée montrent non seulement la réalité du problème, mais surtout son acuité et sa complexité.

Les réponses apportées sont d'ailleurs loin d'être satisfaisantes et laissent subsister des zones d'ombre, des questions, des interrogations, voire des lacunes qui sont autant de facteurs de risque supplémentaire pour l'opération objet du contrat. Force est d'ailleurs de constater de prime abord que la réponse du droit commun des contrats elle-même est inadaptée au phénomène du long terme et de ses conséquences « parce qu'elle repose sur l'idée que le contrat traduit la conciliation des intérêts opposés de deux personnes et se trouve dès lors doté d'une stabilité dans le temps et d'une force obligatoire à l'égard des parties² » (I.).

La pratique internationale, plus au fait et aguerrie à la pratique des montages et à l'évolution de nouvelles formes de contrats et d'ensembles de contrats mais aussi au phénomène du long terme dans lequel ils s'inscrivent, consciente de cette insuffisance et du risque du phénomène du long terme, a mis au point, à défaut d'une réponse précise, un moyen permettant de sauvegarder l'équilibre contractuel en dépit d'un bouleversement des données initiales. Elle a donc réorganisé un rééquilibrage des contrats par le biais d'une renégociation pour les adapter aux circonstances nouvelles en incorporant ainsi le changement dans la structure même du contrat, ce qui traduit non seulement la prise en compte du risque lié au phénomène de la durée, mais ce qui est surtout une manière pragmatique de traiter par anticipation ce risque.

Ce traitement par anticipation revêt souvent plusieurs formes mais, par-delà cette diversité, la finalité reste la même : la réduction du risque lié à l'exécution des contrats du fait du long terme. Elle consiste le plus souvent à insérer dans les contrats des clauses pour servir

1. M. Fontaine, « Les Contrats internationaux à long terme », *Études offertes à Roger Houin – Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 263. C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ; l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, 1998, n° 58. G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », *Rev. trim. Dr. comparé* 1986, p. 369 et s, n° 3 ; E. Gounot, « La liberté des contrats et ses justes limites », *Semaines sociales de France* 1938, p. 321 et s. R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *Rev. trim. Dr. civil* 1983, p. 3. P. Durand, *La Tendence à la stabilité de rapport contractuel*, préface, p. 11, LGDJ, 1960. Y. Picod, *Juriste* 1989, contrats et obligations fasc. 11, p. 10.

2. B. Oppetit, *L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship*, Clunet, 1974, p. 798.

de base à une renégociation visant à intégrer les bouleversements éventuels dans l'organisation des contrats, et surtout à les adapter aux circonstances nouvelles. Toujours est-il que l'issue d'une négociation, qui plus est d'une renégociation, est souvent aléatoire, parce que tributaire de l'accord de toutes les parties concernées, accord qui n'est souvent pas facile à obtenir, eu égard à l'importance des intérêts en présence, aux antagonismes et aux divergences (II.).

I. L'INADAPTATION DU DROIT COMMUN DES CONTRATS AU PHÉNOMÈNE DE LA DURÉE

La première difficulté que pose le phénomène de la durée avec les bouleversements de l'équilibre contractuel tient à la façon dont la loi, le législateur, le droit d'une manière générale ont traité et résolu le problème du long terme. En fait, il y a un bouleversement de l'économie du contrat par l'effet du temps et du long terme : doit-on appliquer la règle du *pacta sunt servanda*³ ou celle du *rebus sic stantibus*⁴ ?

Un constat s'impose de prime abord : la distinction entre contrats « à court terme » et contrats « à long terme » n'appartient pas aux classifications traditionnelles des différents types de contrats que sont les contrats unilatéraux et synallagmatiques, à titre gratuit et à titre onéreux, consensuels, solennels et réels, etc. ; les références aux court et long termes sont empruntées à la terminologie des économistes et des financiers. Est-ce pour ces raisons que le droit commun des contrats reste inadapté au phénomène du temps et peu sensible à celui de la durée ? Le constat est judicieux et reflète parfaitement la réalité, mais d'autres raisons plaident en faveur de cette inadaptation :

- les origines mêmes du droit des contrats (A.) ;
- la position, l'attitude du législateur face au phénomène de la durée (B.) ;
- l'inadaptation et la discordance de la jurisprudence française sur les bouleversements dus à l'effet du temps (C.) ;
- la position de la doctrine face aux bouleversements de l'économie des contrats (D.).

A. L'ancien droit et l'immutabilité des contrats

L'ancien droit a été dominé par la rigueur de l'immutabilité et de l'absolutisme des contrats. Trois traits caractérisent le contrat de l'ancien droit : l'immutabilité de ses termes, son indifférence à l'imprévision ou aux déséquilibres initiaux⁵. Cette immutabilité, qualité de

ce qui ne peut être volontairement changé, pose le principe de la conception du temps porteur fixe et homogène. Ainsi, même si le contrat puise sa force dans son immutabilité, c'est-à-dire une fois conclu, s'il apparaît comme une création statique s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, l'adverbe « volontairement » introduit un élément d'extériorité non négligeable.

Avec le principe d'immutabilité se pose la question de l'effet du temps, que l'ancien droit ignore dans son principe mais entrevoit implicitement et de manière sous-jacente. Les termes du contrat sont certes immuables, mais que se passe-t-il si les conditions d'exécution viennent à changer ou changent involontairement, sous l'effet de facteurs qui échappent aux parties comme l'imprévision, les déséquilibres initiaux, voire du temps ? Que dire si les circonstances se modifiant rendent plus lourde la charge du débiteur : le contrat est-il révoqué ou demeure-t-il en l'état du fait de l'immutabilité ? Ce principe traditionnel porte en lui-même les limites de sa rigueur et de son absolutisme.

Sous l'ancien régime, les post-glossateurs défendaient la thèse de la clause *rebus sic stantibus* (les choses demeurant en l'état). Le contrat est passé *rebus sic stantibus*, les choses étant ce qu'elles sont en fonction des circonstances présentes. Selon cette thèse, les parties auraient tacitement subordonné l'exécution au maintien des circonstances existant le jour de la formation du contrat⁶.

Pour les canonistes, la parole donnée doit être respectée *pacta sunt servanda* (les conventions doivent être respectées). Un peu plus tard, les canonistes et les théologiens, allant plus au fond de l'analyse, proclamèrent la force obligatoire de la convention, indépendamment de tout soutien « juratoire ».

B. Le législateur et la conception abstraite du temps

Le contrat à terme n'est pas inconnu du législateur. Le terme fait l'objet d'une réglementation technique aux articles 1185 à 1188 du Code civil. Par ailleurs, la doctrine distingue les contrats à durée déterminée, où un terme est stipulé, des contrats à durée indéterminée, sans terme prévu, et elle dégage une règle importante à propos de ces derniers : chaque partie à un contrat à durée indéterminée bénéficie en principe d'une faculté de résiliation unilatérale⁷. Quant à l'incidence du changement des circonstances sur les obligations des parties à un contrat de longue durée, l'article 1188 C. civ. prévoit la déchéance du terme lorsque le débiteur devient insolvable. Pour le surplus, le changement de circonstances n'est en principe pas pris en considération et la règle de la convention-loi demeure prépondérante.

Avec ces quelques articles bien ciblés, on peut dire que le droit commun des contrats est loin d'ignorer le

3. Les conventions doivent être respectées (*Décrétales de Grégoire IX*, I, 35,1, article 1134 du Code civil).

4. Les choses restent en l'état, les choses étant ou demeurant ainsi. Utilisée pour désigner la référence à la situation (économique, monétaire, etc.) qui existait au moment de la conclusion d'un accord de longue durée, dans la question de savoir si le maintien de cette situation a été considéré (expressément ou implicitement) comme la condition du maintien de cet accord, de telle sorte que l'altération grave de cet état des choses justifierait la caducité ou l'adaptation de l'accord originaire : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2007, p. 764.

5. C. Thiberge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. Dr. civil* 1997, p. 360.

6. « Le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévoir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté, instrument de prévisibilité au service de la sécurité. » C. Thiberge-Guelfucci, *op. cit.*, p. 361.

7. Cf., dans le Code civil, les articles 1736 en matière de bail, 1780 en matière de louage de services et 1869, relatif aux sociétés. A. Weil et F. Terré, *Droit civil, Les Obligations*, Paris, Dalloz, 3^e édit. 1980, n° 354.

phénomène de la durée ; toujours est-il qu'« il ne l'envisage que pour régler la durée elle-même dans certains cas ou pour résoudre certains problèmes techniques particuliers ». Le nombre réduit des articles consacrés au terme se justifie en partie par le fait que le Code napoléonien paraît surtout conçu pour les contrats simples, rapidement exécutés, telle la vente d'un immeuble, qui caractérisaient l'économie préindustrielle du début du XIX^e siècle, une construction de la réalité à partir de la vente et d'une conception abstraite du temps, la question de l'exécution du contrat dans le temps n'est donc pas envisagée d'un point de vue global.

Deux raisons expliquent cet état des choses : d'une part, le modèle cognitif qui est celui des codifications est le contrat de vente, c'est « le » contrat par excellence, celui qui domine les autres ; d'autre part, si les codificateurs traitent parfois du temps, ils en ont une vision tout à fait particulière. Le Code civil considère le temps comme « la prolongation d'un état statique », il le considère abstraitement comme le « cadre homogène, indifférencié et vide dans lequel les événements naissent et se constituent dans la stabilité ou alternent par rupture ». Devant les limites et l'insuffisance du droit commun pour faire face efficacement au problème posé par le temps, c'est vers les parties elles-mêmes que l'on s'est tourné, d'abord parce qu'étant les acteurs, les initiateurs et les destinataires du contrat, la solution du problème se devait nécessairement de passer par elles à défaut d'une réponse adéquate ; ensuite et surtout, à cause du principe de la liberté des conventions, c'est-à-dire par leur commune volonté, leurs accords à travers la règle de la convention-loi. On a donc eu recours à l'article 1134, al. 1, C. civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Déjà les philosophes du XVIII^e siècle considéraient la volonté comme source de tout droit et donc l'idée que les individus peuvent être « les propres régulateurs de leurs intérêts réciproques dans une société fondée sur la fiction d'égalité juridique ». Le fait que les parties soient les propres régulateurs de leurs intérêts réciproques peut les amener à résoudre les difficultés nées des conventions qu'elles ont elles-mêmes inscrites dans le temps. Dans la mesure où, de par sa force obligatoire, le contrat passé par les parties s'impose au juge qui ne saurait le réviser en tenant compte de considération d'équité. La Cour de cassation réaffirme très fréquemment ce principe, veillant à ce qu'au travers d'une interprétation de l'accord, les juges du fond n'en dénaturent le contenu. Elle s'imposerait enfin au législateur. Certes la nouvelle loi n'est pas par principe applicable au contrat en cours. Il en va autrement chaque fois qu'il s'agit d'une loi d'ordre public, le législateur explicitant très souvent sa volonté d'application immédiate.

Les parties sont « les propres régulateurs de leurs intérêts réciproques dans la mesure où le temps, milieu naturel du contrat, apparaît comme homogène qui de la conclusion à l'exécution ne connaîtra aucune perturbation ». Mais le temps, cadre homogène, peut devenir un milieu hétérogène qui fait alors subir au contrat « les meurtrissures du temps ». Le souci de la réalité établit fréquemment que, « pari sur l'avenir », le contrat subit les meurtrissures du temps. Appelé ainsi à évoluer dans le temps, le contrat subit souvent des bou-

versements imprévus, qui gênent son exécution, allant parfois jusqu'à l'empêcher.

Cet effet du temps dépasse souvent les parties elles-mêmes qui n'arrivent plus à réguler la situation, non seulement parce qu'elle est imprévue et exceptionnelle, mais surtout parce qu'elle crée un déséquilibre prononcé entre les prestations respectives des parties, à tel point que l'on se demande si on ne devait pas permettre à la partie désavantagée de demander la révision du contrat aux fins d'en rééquilibrer l'économie sans toutefois occulter ni sous-estimer la réponse que se réserve l'autre partie qui serait ou non disposée à accepter la révision. Le principe de la force obligatoire montre ses limites avec la théorie de l'imprévision.

Peut-on permettre à la partie désavantagée de demander la révision du contrat pour en rééquilibrer l'économie ? Telle est la question qui sous-tend ce problème de l'imprévision dû à l'effet du temps par-delà la force obligatoire des contrats. La question soulève depuis longtemps un grand intérêt doctrinal et de vastes débats à l'occasion desquels, constate un auteur, le dernier mot ne sera sans doute jamais dit. Les aveux de cet auteur résument à eux seuls la complexité du problème et sonnent surtout comme une impuissance face à l'effet du temps sur les contrats. Le grand intérêt doctrinal, par-delà la complexité de la question et le débat qui rebondit sans cesse, trouve en partie son explication dans un manque de cohérence et une divergence au niveau de la jurisprudence française sur la question.

C. Une jurisprudence française discordante et inadaptée sur les bouleversements dus à l'effet du temps

En France, on admet en principe l'intervention du juge en droit administratif⁸ alors qu'on la refuse en droit privé. En dehors de ces quelques exceptions, le principe de non-intervention du juge est maintenu. Le juge administratif admet depuis 1916 la théorie de l'imprévision⁹ en se fondant sur la continuité du service public « qui est en réalité une forme de pérennité contractuelle ». Le juge civil, lui, rejette la théorie de « l'imprévision ». Dans la célèbre décision du canal de Craponne, la Haute Juridiction refusa aux juges du fond le pouvoir de réviser les redevances dues par les bénéficiaires d'un droit d'arrosage au propriétaire du canal d'irrigation, bien qu'elles aient été fixées par des contrats datant de trois siècles et que les frais d'entretien aient décuplé depuis lors. Dans la droite ligne des arrêts rendus quelques années auparavant, mais de façon plus significative, la cour rappelait qu'aucune considération d'équité ne pouvait permettre une modification du contrat en cas de changement de circonstances. Par la suite, la Cour de cassation réitérait sa position à différentes reprises. En particulier, saisie de la question de savoir si les conditions dans lesquelles avait été conclu un bail de cheptel pouvaient être révisées par suite de forte dépréciation monétaire, la Cour

8. H. L. et J. Mazeaud, tome II, édit. 1978, p. 833.

9. CE 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, S. 1916-3-17, concl. Chardonnet, note M. Hauriou, DP 1916-3-p, 25 juillet 1949, *ville d'Elbeuf*, S. 1950-3-61, note A. Mestre, D. 1950-59, note C. Bloevet.

de cassation condamnait la théorie de l'imprévision.

Cette réponse du droit français sur un même problème juridique entraîne par ricochet la division de la doctrine sur le maintien ou non du contrat en l'état nonobstant le bouleversement. Plusieurs arguments sont avancés pour justifier le maintien ou non du contrat, assez explicites dans leur grande majorité, mais la préoccupation majeure demeure la double réponse à une même et unique question (la théorie de l'imprévision) et bien sûr la division de la doctrine.

La position de la jurisprudence civile et administrative sur la théorie de l'imprévision, la division de la doctrine française montrent, par-delà la complexité du problème, l'inadaptation du droit commun des contrats au phénomène du long terme et surtout du risque que cela représente sur des opérations comme le montage du financement de projet composé d'une multitude de contrats qui s'étendent dans le temps ; mais encore et surtout des contrats et ensembles de contrats qui peuvent être et sont souvent et civils et administratifs dans un même et unique montage, eu égard à la qualité des contractants et à la nature des travaux. Il serait tout de même curieux, voire paradoxal, que deux contrats faisant partie d'un même ensemble, l'un administratif, l'autre civil, à l'occasion d'un ou de plusieurs bouleversements, arrivant à des moments différents et s'étalant dans le temps, subissent un traitement différent quant à leur futur sort, eu égard à leur nature respective, et de par leur appartenance à une catégorie ou à une autre.

Face à cette situation, il ne reste plus qu'à trouver un argument solide et probant parmi les thèses et les théories avancées par la doctrine qui puissent faire l'unanimité pour justifier dans un premier temps et permettre ensuite la révision du contrat. Car le refus de la Cour de cassation de tenir compte des circonstances imprévues pour interdire aux juges du fond « de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties » (arrêt *Canal de Craponne*) n'est plus tenable face au long terme. Un auteur qualifie d'ailleurs cette position « de perception anachronique du temps et unitaire de la notion de contrat ».

Devant cet « anachronisme », la démarche doctrinale non seulement aurait le mérite de démontrer les limites et l'inadaptation de la jurisprudence civile sur la question, mais surtout ouvrirait la perspective d'un assouplissement de la position du juge civil ou mieux, d'un alignement sur la jurisprudence administrative, ne serait-ce que pour les contrats soumis au long terme, par la solidité et la pertinence de la démonstration et partant par une adhésion significative des spécialistes de la question à la thèse ainsi dégagée.

D. La théorie doctrinale de l'intérêt lié des parties à travers un comportement de loyauté dans l'exécution du contrat

Plusieurs thèses ont été avancées pour contourner ou pour contrecarrer cette intangibilité et permettre la révision du contrat. Une révision rendue nécessaire et indispensable par le long terme et l'incertitude qui lui sont consubstantiels. Ces thèses se sont révélées dans leur grande majorité peu convaincantes. Il a fallu une fois encore recourir à l'article 1134, al. 3, C. civ. pour tirer toutes les conséquences de la bonne foi qu'il recommande.

À propos d'ailleurs de cet alinéa 3, Demogue, dans les années 1930, disait déjà que « les conséquences qu'on a tirées de l'idée de bonne foi entre les contractants sont encore assez pauvres et [que] le contrat moderne peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux¹⁰ » : un appel explicite à l'action. Depuis lors, le contrat s'est non seulement modernisé mais est devenu plus complexe, eu égard aux nouveaux types de relations suscités par le développement économique. Les ensembles et groupes de contrats sont un exemple vivant ; si bien que l'idée de Demogue, en plus d'être prémonitoire, est plus que d'actualité.

Fort de cette interprétation et l'idée de « nouveaux rameaux à faire sortir » proposé par Demogue, la doctrine va inventer un sens revu et corrigé par les limites de l'alinéa 1 (avec la théorie de l'imprévision) ; mais surtout actualiser le sens de la bonne foi dans un univers contractuel de plus en plus complexe et incertain qui, sur la base du long terme, va faire appel et intégrer l'intérêt lié des parties à travers un comportement de loyauté dans l'exécution du contrat.

En effet, un auteur reprenant A. Rieg¹¹ pose la question fondamentale : « Le créancier qui exige l'exécution de l'obligation de son débiteur se conduit-il comme un contractant de bonne foi si sa prestation ne correspond plus à rien ?¹² » Pour un autre, « la révision doit être admise et imposée à celle de la partie qui en a les moyens dès lors que l'autre est susceptible d'être exclue du rapport contractuel. Serait ainsi de mauvaise foi la partie qui n'accepte pas la révision du contrat alors que des circonstances extérieures impossibles à prévoir au moment de sa formation sont sur le point de ruiner l'autre partie. » Si donc l'une des parties a les moyens de permettre la continuation des relations contractuelles et ne le fait pas, elle est de mauvaise foi. Serait donc de mauvaise foi celui qui peut et ne fait pas, c'est donc une abstention fautive dans l'action. L'auteur conclut son raisonnement ainsi : « Le recours à la notion de bonne foi tourne autour de cette alternative : si la révision a lieu, le contrat doit être considéré comme étant exécuté de bonne foi, et en toute hypothèse, l'une des parties peut la solliciter de l'autre au nom de la bonne foi. Si elle n'a pas lieu au point d'entraîner son éviction du rapport contractuel, alors que l'autre avait les moyens de l'éviter, c'est à celle-ci d'en supporter la charge financière parce qu'elle doit être considérée comme étant de mauvaise foi¹³. »

Toujours est-il que cette idée de mauvaise foi somme toute logique parce que le contractant peut et ne fait pas, doit être relativisée parce que la mauvaise foi doit être non seulement prouvée mais surtout justifiée et démontrée (la mauvaise foi ne se présume pas), sans oublier ni occulter les revendications et les droits légitimes dont pourrait se prévaloir le contractant accusé d'être de mauvaise foi même si c'est au détriment de son cocontractant.

Devant les difficultés d'application qu'un comportement même manifeste de mauvaise foi pourrait susciter et, ce

10. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, T 6-1931, n° 3.

11. A. Rieg, *Le Rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961, p. 537.

12. Y. Picod, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse, Dijon, 1967, préface G. Couturier, LGDJ, 1989, n° 83 et s. « L'exigence de la bonne foi dans l'exécution du contrat in le juge et l'exécution du contrat », PU Aix Marseille 1993, n° 1, plus Jurisclasseur précité.

13. C. Jamin, *Droit et patrimoine* 1998, n° 58.

faisant, retarder l'opération tout entière, un auteur propose d'imposer une obligation de coopération et renégociation chaque fois que le créancier peut être utile à son débiteur, c'est-à-dire si ses intérêts ne sont pas sacrifiés, ceci pour aplanir les difficultés majeures ou les obstacles à l'exécution du contrat. Ainsi on arriverait à ce qu'il appelle « une véritable solidarité contractuelle¹⁴ ». Un dernier auteur parle quant à lui de solidarisme contractuel, parce que « assure une plus grande souplesse d'exécution du contrat lorsque celui-ci est conclu pour une longue durée, en permettant d'atteindre le résultat minimum que visait chacune des parties au moment de sa formation, alors que les conditions de son exécution ont modifié leurs prévisions ».

Ce solidarisme contractuel basé sur la bonne foi favorise, selon l'auteur, non seulement la réalisation de l'objet du contrat mais surtout semble avoir partie liée avec la recherche d'une plus grande efficacité économique¹⁵. Catherine Thibierge-Guelfucci parle d'« utilité concrète et réciproque » : pour elle, aujourd'hui, le contrat est envisagé comme un instrument d'échanges ou de services et donc une utilité concrète et réciproque ne pouvant plus s'accommoder du principe ayant donné lieu à l'arrêt *Craponne*. Nous touchons là encore à une des limites du droit commun des contrats face au phénomène du temps.

Toujours est-il que même si la bonne foi est respectée, et que nous sommes dans une dynamique de solidarité contractuelle, une nouvelle négociation va devoir s'engager pour aplanir les difficultés majeures dues aux bouleversements. Et c'est justement cette renégociation que recommande et applique la pratique internationale. Force est tout de même de constater que si l'obligation de renégocier est de résultat, elle n'est que de moyen pour le surplus, les parties n'ont pas l'obligation d'aboutir¹⁶.

II. LA RENÉGOCIATION DES CONTRATS POUR LES ADAPTER AUX CIRCONSTANCES NOUVELLES : UN EXERCICE NON DÉPOURVU DE RISQUE

Face à l'inadaptation du droit commun des contrats, la solution proposée par la pratique internationale n'est pas exempte de risque, car ce qu'elle propose aux parties concernées n'est qu'une renégociation avec un certain dispositif. Il ne s'agit aucunement de règles, de normes précises pour résoudre un conflit d'une manière générale. Négociation et renégociation n'ont d'ailleurs pas un sens juridique précis¹⁷, la renégociation étant un processus de dialogue (propositions et contre propositions) orienté vers une modification du contrat en cours d'exécution. Il ne s'agit pas de conclure un futur contrat, les parties opèrent sur un contrat déjà formé¹⁸.

La renégociation proposée par la pratique internatio-

nale doit prendre en compte, outre les conséquences du temps, que sont les bouleversements, le fait que la négociation initiale a fait naître des droits et des obligations et que les contractants ne subissent pas l'effet du temps de la même manière. Certains le subissent directement, la renégociation ne pose pas de problème pour eux ; d'autres, par contre, ne le subissent pas du tout ou pas directement, mais à cause de l'interdépendance des différents contrats, il va falloir renégocier pour sauvegarder l'équilibre contractuel général. Il faut ensuite prendre en compte tout le mécanisme propre à l'opération de renégociation elle-même avec toutes les démarches, toutes les préoccupations pour juguler le problème et enfin toute la procédure interne.

Concrètement, pour anticiper le risque qui menace l'opération tout entière, la pratique internationale agit en amont en proposant aux parties l'introduction de clauses d'adaptation. L'incorporation de telles clauses traduit l'acceptation du principe même de bouleversement et partant du risque que cela représente et donc de « l'intégration du changement à l'économie du contrat¹⁹ », c'est la démarche qui va poser les bases de la reconnaissance du bouleversement (A.). L'étape suivante, plus aléatoire, est la mise en tension de tout le mécanisme pour rendre effectif le changement et permettre la poursuite de l'opération, « subordonner l'existence et l'exécution du changement à des mécanismes complexes pour faciliter la solution des conflits²⁰ » (B.). Toujours est-il qu'une autre préoccupation liée à la négociation va naître, le sort et/ou le devenir du contrat pendant la négociation. Celui-ci est-il suspendu du fait du bouleversement de l'équilibre contractuel ou continue-t-il de s'exécuter normalement ? (C.)

A. L'incorporation des clauses dans la structure du contrat

Dans un contexte de crise économique sévère, l'introduction dans les contrats de long terme d'une clause de *hardship* devient une nécessité. Aussi la crise française et internationale qu'affrontent aujourd'hui les entreprises redonne toute leur actualité aux clauses de *hardship*²¹. Deux types de clauses sont généralement proposés aux parties : les clauses dites « de maintien de la valeur²² » et les clauses de réadaptation.

Dans la première catégorie, on peut citer la clause d'indexation qui prévoit une variation automatique du prix de la prestation en cas de modification d'un indice de référence²³. L'avantage de cette clause consiste à prémunir les parties contre les conséquences de la dépré-

14. Y. Picot, *op. cit.*

15. C. Jamin, *op. cit.*, p. 57.

16. Ph. Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, p. 913, n° 3705.

17. C. Cedras, « L'obligation de négocier », *RDT com.* 1985, 265.

18. L. Aynès, « Le devoir de loyauté », *Rev. de juris. Com.* 1999, p. 11.

19. B. Oppetit, *op. cit.*, p. 798 et s.

20. *Ibid.*, p. 798.

21. L. Archambault, « La révision des contrats en période de crise », *L'Usine nouvelle* n° 3277, 22 mars 2012.

22. « On peut définir d'une manière générique "une clause de maintien de la valeur" comme une méthode permettant de répartir les risques monétaires entre les parties à une transaction internationale que cette répartition soit explicite ou implicite, délibérée ou non. En conséquence toute transaction internationale qui prévoit l'exécution d'un paiement par l'une quelconque des parties, comporte par définition une clause de maintien de la valeur même si ce paiement doit être effectué dans la monnaie du pays de l'une des deux parties », in S.A. Silard, *Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales*, Clunet, 1972, p. 214.

23. M. Hubert, « Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile », *RTD civ.* 1947, p. 1. G. Rouette, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC*, 1986, p. 395, n° 22. B. Boccara, *Définir l'indexation*, JCP 1985, éd. G., I., 3187, n° 4.

ciation monétaire en essayant de conserver la valeur réelle des prestations²⁴. Conscients que si les circonstances changent la composition du contenu du contrat va également se modifier et conscients aussi de l'équilibre contractuel, les parties vont insérer de telles clauses dans leurs contrats. En effet, même si le montant nominal de la créance reste constant, sa valeur réelle peut diminuer en cas de dépréciation monétaire désavantageant le créancier par rapport aux prévisions initiales. De même, le montant de la dette tout en conservant une stabilité, va représenter une dette moins lourde pour le débiteur²⁵. Ce problème surgit sous sa forme la plus aiguë à l'occasion des prêts internationaux à long terme et d'autres activités internationales à long terme telles que les contrats à exécution successive (construction de bateaux, recherche pétrolière, contrat d'assurance)²⁶.

Dans la deuxième catégorie, il existe une grande variété de clauses dites de « réadaptation » selon le secteur économique considéré ou même selon le type de contrat. Parmi ces clauses, nous citerons notamment : la clause dite « de hausse et de baisse », la clause de force majeure et surtout la clause de *hardship*, encore nommée clause de sauvegarde ou de renégociation qui correspond au mécanisme le plus élaboré et le plus général d'adaptation d'un contrat international à de nouvelles données. Elle a vocation à harmoniser toutes les obligations et permet un rééquilibrage global du contrat lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres. Son origine semble provenir des contrats internationaux à la suite de la crise du canal de Suez²⁷.

Deux objectifs sous-tendent la démarche, par-delà la diversité : anticiper contractuellement la survenance d'un bouleversement extérieur aux parties et insérer dans le contrat une clause soigneusement rédigée. Toujours est-il que par-delà cette incorporation se pose la question fondamentale de l'efficacité de *hardship*. L'incorporation et surtout la parfaite rédaction des clauses assurent-elles ou peuvent-elles assurer une efficacité du *hardship* et partant celle de l'équilibre contractuel ? Rien n'est moins sûr, même si de prime abord on est tenté de répondre par l'affirmative, *pacta sunt servanda*, la réalité est toute autre. La clause de *hardship* n'a pour but que de provoquer « une renégociation du contrat lorsque le changement envisagé s'est produit ». La suite est subordonnée à l'issue de la négociation.

Qu'en est-il, si les négociations n'aboutissent pas ? Le contrat sera-t-il frappé de caducité *ipso jure* ou chaque partie pourra-t-elle le résilier sans autre préavis ? Autant d'interrogations qui rendent encore un peu plus aléatoire la suite de l'opération. C'est le risque le plus sérieux voire le plus préoccupant que génère le phénomène de la durée dans un ensemble complexe comme le montage de financement de projet. Dans ce montage en effet l'issue de la négociation est incertaine nonobstant le *hardship*

pour trois raisons : le nombre important, la qualité et la diversité de partenaires, la configuration juridique, l'interdépendance des relations.

Les partenaires sont en nombre, nous avons : le maître d'ouvrage (des personnes physique ou morale telles que l'État, les collectivités territoriales ou locales), les partenaires financiers (banques, consortiums bancaires, institutions financières) pour le tour de table, le maître d'œuvre (sociétés d'entrepreneurs, groupements d'entrepreneurs) tous les exécutants voire sous traitants, les exploitants. Il y a ensuite la configuration juridique du montage : un contrat-cadre, des contrats d'exécution, un ensemble, groupe, chaîne de contrats ; et enfin de l'interdépendance des relations et des contrats eux-mêmes dans un contexte de long terme, (propice aux modifications et aux bouleversements de l'économie du contrat) qui régit l'investissement et la réalisation du projet lui-même.

Plus spécifiquement, les contrats, groupes, ensembles de contrats sont nombreux et pour la plupart de longue durée ce qui augmente mécaniquement l'exponentiel des bouleversements économiques et partant le recours aux clauses d'adaptation comme le *hardship*. Ainsi comme la mise en œuvre de ces clauses est tributaire de l'accord des parties, le risque de paralysie reste élevé, (multiplicité des contrats pouvant faire l'objet de bouleversement oblige). Un risque accru et renforcé par l'interdépendance des contrats, groupes, ensembles de contrats. Qu'un contrat vienne à connaître des problèmes, en l'occurrence un déséquilibre du fait de bouleversements, et la répercussion se ressent immédiatement sur le reste de l'ensemble. Un retard certain dans l'exécution du contrat, et dans le pire des cas une paralysie partielle ou totale des autres composantes de l'ensemble.

B. La subordination de l'existence et de l'exécution du changement à des mécanismes complexes

L'issue des négociations conditionne le changement qui doit permettre le redémarrage de l'opération. Ainsi, l'existence mais surtout l'exécution du changement sont tributaires de mécanismes complexes, un risque pour l'opération. Deux difficultés doivent être surmontées à l'occasion de cette renégociation : les conditions de validité propres à la clause de *hardship* et la négociation proprement dite. Ces difficultés constituent autant d'aléas qui peuvent perturber voire empêcher le rééquilibrage des contrats en vue de la poursuite de l'opération déjà commencée.

1. L'existence des conditions de la réadaptation

Pour que la clause de *hardship* puisse jouer, certaines conditions doivent être réunies. La première condition est le changement de circonstances, entraînant un déséquilibre de l'économie du contrat ou la modification des circonstances sous l'empire de laquelle les parties ont contracté. Cette impossibilité d'exécution doit être extérieure aux parties ou à la partie qui l'invoque, le bouleversement de la situation ne doit donc pas être imputable à la partie qui en est victime. Qui plus est, pour une réa-

24. M. Hubert, *op. cit.* ; P. Azard, « L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat », *JCP* 1953, éd. G. I., 1092, n° 2.

25. P. Laloux, *Étude critique des moyens de se prémunir contre les répercussions de l'instabilité monétaire dans les contrats à long terme*, G. Thone, 1925, pp. 20-22.

26. S. A. Silard, *op. cit.*, p. 214.

27. J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 490, n° 19.

daptation effective du contrat, il faut une modification de la situation générale des données.

Sur le terrain, les cas d'application de cette modification sont nombreux : pour les gros contrats de financement de projet comme les contrats miniers, aluminium, pétrolier, de production d'électricité ou d'énergie, les bouleversements économiques font partie intégrante de l'environnement contractuel du fait de la mondialisation des marchés du cours des matières premières, des produits pétroliers et d'autres paramètres liés à chaque domaine d'activité comme les risques géologiques naturels et autres risques politiques. Autre domaine de prédilection : les contrats de transports en général et les contrats de transport maritime en particulier, avec notamment les contrats de transport de minerai de plusieurs cargaisons sur plusieurs années par de gros navires de gros tonnage avec la hausse des marchés des frets, l'augmentation du prix des combustibles, des frais de port, des frais d'exploitation et la congestion portuaire, etc.

Si le contexte de crise économique fait que le *hardship* devient incontournable dans les contrats à long terme, son application effective s'avère parfois moins aisée à cause de la réunion d'éléments constitutifs d'une situation de *hardship* pour un éventuel rééquilibrage du contrat. Précisément la clause de *hardship* doit reposer sur un événement objectif et impératif que ce soit pour l'une ou l'autre des parties au moment de la formation du contrat²⁸. Ainsi il arrive quelquefois nonobstant une clause de *hardship* parfaitement rédigée que les sentences arbitrales rejettent in fine les demandes pour insuffisance de preuve d'extériorité pour la partie victime.

Dans une sentence de la chambre arbitrale maritime de Paris un contrat de transport de minerai est signé pour environ 8 cargaisons par an pendant 5 ans par navires de gros tonnage. Pendant cette période, les taux de frets et de surestaries pratiqués sur le marché des frets avaient évolué à la hausse pour atteindre la 4^e année des niveaux cinq fois supérieurs aux taux contractuels, le prix des combustibles ayant de son côté subi une augmentation de même ampleur. L'armateur avait estimé légitime de demander l'application de la clause de *hardship*. Les arbitres ont jugé « sur l'éventuelle situation de *hardship* que les parties étaient des professionnels avertis des contrats maritimes et qu'ils avaient nécessairement pesé les risques avant de contracter. En signant un contrat de 5 années, l'armateur devait prendre en compte les possibles augmentations de ses coûts d'exploitation et des frais de ports. De telles augmentations mêmes importantes ne sont pas constitutives de *hardship*... de même un éventuel rééquilibrage du contrat ne pouvait être recherché par comparaison avec les taux pratiqués sur le marché des frets puisque le but du contrat était précisément d'échapper aux aléas du marché. Ils ont en conséquence décidé que les éléments constitutifs d'une situation de *hardship* n'étaient pas réunis et ont rejeté la totalité de la demande²⁹. »

28. L. Archambault, *op. cit.*

29. Chambre arbitrale maritime de Paris, 6 oct. 2012

2. La négociation sur l'objet du réajustement

Une fois constatés et vérifiés le changement et le déséquilibre, condition d'application de la clause de *hardship*, la phase la plus difficile et la plus délicate commence : L'accord des parties pour adapter le contrat à la situation nouvelle « de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion de la présente convention³⁰ ». Il s'agit en fait d'apporter des aménagements qui satisfassent les parties concernées, sur une base juste et équitable. C'est le cœur du problème avec toutes les incertitudes et les difficultés liées à la négociation

Pour ce qui est de la procédure préliminaire, les clauses du *hardship* prévoient en général que la partie qui estime réunies les conditions de la réadaptation doit aviser son cocontractant de la survenance d'événement à l'origine du changement allégué ainsi que de l'étendue de la rigueur subie et des moyens proposés pour y remédier. L'autre partie doit alors faire connaître sa position dans un bref délai. De sa réponse dépend la tenue de la négociation. Elle peut réagir de plusieurs manières. La solution la plus simple est d'accepter la proposition. Elle peut solliciter une rencontre pour un débat. Elle peut aussi refuser de se concerter avec l'autre partie, soit de manière formelle, soit en s'abstenant de répondre à son avis. Cet éventail de réponses à la notification est une des premières difficultés qui marquent cette première démarche. De toutes les réponses possibles, le refus de rencontrer l'autre partie présente le plus de risque pour l'opération car cela signifierait l'abandon du contrat, le problème de déséquilibre ne pouvant être résolu. Toujours est-il que l'intérêt et la bonne foi font que les rencontres ont souvent lieu.

Eu égard à l'état d'avancement de l'opération, au temps écoulé, aux intérêts propres de chacun des contractants, et surtout à l'interdépendance qui unit les différents contrats du montage, la négociation est souvent difficile. Toutefois, comme l'objet sur lequel porte la discussion est connu, tout le problème reste celui de trouver un réajustement qui ne lèse personne ou, à défaut de convenir à tout le monde, satisfasse une majorité pour la continuation de l'opération.

Si le *hardship* prévoit l'accord des parties pour adapter le contrat à la situation nouvelle, ce recours systématique à l'accord des parties peut engendrer une multiplication des négociations et partant des accords à conclure à la moindre alerte sérieuse. Cette multiplication des négociations pour trouver des accords constitue un risque sérieux plus particulièrement pour les parties aux gros contrats de longue durée qui se voient dans l'obligation de résoudre chaque fois des problèmes liés aux bouleversements économiques sous conditions d'accord des parties.

Le problème d'Eurotunnel est assez édifiant à cet égard. Face aux difficultés qu'a connues ce gros financement de projet (le plus grand projet européen en matière d'infrastructure : 8 ans de travaux, un budget d'environ 105 milliards de francs, soit 16 milliards d'euros), du

30. M. Trochu, *op. cit.*

fait des bouleversements économiques qui ont rendu très onéreux le coût des travaux, faisant ainsi exploser le budget initial et compromettant de ce fait la poursuite du projet, les négociations se sont sans cesse multipliées entre les différents partenaires : le maître d'ouvrage (les États français et britannique), le maître d'œuvre (la société Eurotunnel), les partenaires financiers (220 banques), les consortiums bancaires internationaux, les institutions financières internationales, les représentants des porteurs de parts pour le rééquilibrage de l'économie du contrat. Les négociations intenses ont jalonné la vie de ce projet, un marathon de négociations voire une véritable course d'obstacles de recapitalisation en recapitalisation, si bien que les spécialistes se sont demandés à l'époque si l'on parviendrait un jour à un accord pour rééquilibrer le contrat. L'issue heureuse des négociations et renégociations a donné le résultat que l'on connaît aujourd'hui.

Par ailleurs, le principe veut que ce soient les parties elles-mêmes qui négocient les modifications, mais la réalisation de la modification reste difficile eu égard aux énormes intérêts en jeu. Car c'est un « remodelage » du contrat qu'il va falloir opérer, retravailler certains aspects techniques (comme l'adaptation ou le renouvellement du matériel du fait de l'obsolescence, l'externalisation de certains domaines clefs) en tenant compte de tous les problèmes périphériques qu'ils risquent de générer, revoir un certain nombre de modalités directement liées au contrat concerné, pour aboutir à une modification harmonieuse qui tienne compte des changements et des problèmes qu'ils peuvent faire naître, tout ceci s'inscrivant dans l'ensemble contractuel.

Le bon équilibre est souvent difficile à trouver quand ce sont les parties elles-mêmes qui ont en charge la négociation de la modification. On peut souvent se trouver devant des situations de blocage générées par la difficulté de la tâche à trouver un compromis, si bien que souvent les parties font appel à la compétence d'un tiers pour mener l'opération de modification du contrat par une disposition formelle qu'elles ont pris soin d'insérer dans la clause par précaution, anticipant ainsi le risque d'un blocage ou d'une impasse dans leurs négociations. Le fait que la décision soit donnée par un tiers choisi par les parties lui permet de s'imposer plus facilement et plus rapidement à elles et à lui donner la force obligatoire du contrat, *pacta sunt servanda* qu'un acte juridictionnel qui peut toujours faire l'objet de contestation et surtout d'appel en tout genre, ce qui va encore rallonger les délais, accroître les retards et créer des mécontents. Les différentes sentences arbitrales et notamment celles de la chambre arbitrale maritime de Paris en sont un exemple³¹.

Outre le problème lié à la négociation, se pose aussi celui du devenir du contrat pendant la période de négociation. Est-il suspendu du fait du bouleversement de l'équilibre contractuel ou continue-t-il de s'exécuter normalement ?

C. Le sort du contrat pendant la négociation

La question est délicate à cause du sort du contrat initial et donc des stipulations contractuelles antérieures. Il convient de rappeler que le *hardship* a été dûment constaté et que les parties sont en pleine négociation. Que devient donc le contrat au cours de la période s'écoulant de l'avis de la constatation du *hardship* jusqu'à l'issue de la négociation ? À cette question s'ajoute une autre qui est son prolongement : les parties se trouvent-elles toujours engagées dans les liens contractuels ou non ? Plus précisément, que deviennent les liens contractuels pendant les négociations ? Sont-ils suspendus, rompus ou demeurent-ils en vigueur pour les besoins de la cause ? Des points d'interrogation qui constituent autant de problèmes à résoudre, synonymes de risque pour l'opération.

Normalement, un déséquilibre ou un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, bouleverse par essence le contrat, c'est-à-dire qu'il peut rompre non seulement l'équilibre et donc les liens du contrat mais surtout le sort du contrat et son existence même, dans le pire des cas. C'est une des conséquences négatives du bouleversement. Car en fait, il est difficilement concevable que le contrat puisse survivre au bouleversement de ce qui fait son fondement et sa raison d'être, à savoir l'équilibre économique, à moins qu'il n'y ait de fortes compensations financières, des dommages-intérêts voire un nouveau repreneur dans certains cas, mais serait-ce toujours le même contrat ? Tout cela ne garantit en rien le maintien des liens du contrat existant, tout n'est que propositions, solutions de rechange sans réelle continuité avec ce qui a déjà été conclu. La réponse à cette délicate question ne peut pas être uniforme. Elle s'inscrit dans une dialectique propre au droit et à la pratique internationale.

1. Le silence de la pratique internationale

La question du sort des liens contractuels pendant les négociations n'a pas reçu de réponse uniforme comme c'est souvent le cas face à un problème aussi préoccupant. Force est de constater que le droit commun qui ne fait que réglementer le long terme avec quelques articles, ne peut logiquement pas apporter de réponse à une hypothèse qu'il n'a pas prévue et qui sort du cercle restreint de ses articles comme l'a été l'introduction des clauses de négociation pour faire face et résoudre le problème du long terme. Ainsi revient-il à la pratique internationale qui préconise la clause de renégociation comme le *hardship* d'apporter une réponse appropriée. Paradoxalement elle n'en donne pas, si bien que c'est en procédant par déduction ou par interprétation téléologique que l'on arrive à élucider le problème et à le résoudre.

« La survenance du *hardship* crée pour les parties une obligation de renégocier en vue d'une réadaptation du contrat ». La question du sort du contrat et des liens contractuels au cours de la période allant de l'avis de la constatation du *hardship* à l'issue de la négociation n'est pas prévue par les clauses, tout au plus ces dernières enferment la négociation dans un délai assez bref de trois mois.

Toutefois en procédant par déduction ou par inter-

31. J.-Y. Thomas, Chambre arbitrale maritime de Paris, 6 oct. 2012.

prétation téléologique, on peut évoquer voire prendre en compte la question du maintien ou non du sort du contrat et des liens contractuels pendant la période de négociation « [...] sauf volonté contraire des parties clairement exprimée, on doit admettre que le contrat continue à développer ses effets au cours de cette période. On peut trouver un argument en faveur de cette solution dans le fait que les différentes clauses prévoient qu'à défaut d'accord sur la réadaptation, les parties (ou seulement celui qui a invoqué le hardship) ont le droit selon certaines modalités, de mettre fin au contrat et de s'en dégager. On doit donc en conclure que tant que cette faculté n'a pas été exercée, le contrat demeure en vigueur et s'impose toujours aux parties ; a fortiori produit-il toujours ses effets lors de la période séparant la survenance du changement de la réalisation de l'adaptation³². »

2. Le maintien des liens contractuels pour les besoins de la cause : l'exemple du montage de financement de projet

Le temps est inséparable de la technique du financement de projet si bien que les contrats qui sont conclus pour la réalisation de l'opération sont souvent soumis aux bouleversements qui influent énormément sur l'économie des contrats concernés. Comme nous avons à faire à des ensembles et groupes de contrats, les conséquences sont encore plus dramatiques. Outre la réponse, déduite du non dit de la clause de hardship en faveur du maintien du lien contractuel, déjà évoquée, trois paramètres sous-tendent celle que requiert le sort du ou des contrats dans le montage du financement de projet : la spécificité du montage, l'importance des intérêts en jeu et surtout l'importance de l'investissement.

2.1. La spécificité du montage du financement de projet

La spécificité vient du fait qu'avec la technique du financement de projet nous avons affaire à des contrats sans nous situer exactement dans la logique de la théorie normale du contrat et du contexte habituel de simples relations économiques, s'agissant de cet aspect particulier du devenir des liens contractuels pendant les négociations. Nous avons affaire ici à un ensemble de contrats constitutifs d'une seule et même opération, un montage juridico-financier de long terme à caractère international ; ce qui change de manière significative les données du problème ; mieux, cette spécificité de la technique du financement de projet crée une situation à la fois ambivalente et préoccupante parce que, prenant en compte divers paramètres, ce qui complique encore un peu plus la résolution du problème et qui n'est pas dénué de tout risque. Cette spécificité de la technique du financement de projet permet aussi parallèlement d'avoir une approche différente mais bien ciblée pour traiter tous les aspects du problème. C'est une difficulté supplémentaire qui rend encore plus aléatoire l'issue de la résolution du problème, eu égard à la prise en compte de nombreux paramètres.

2.2. L'importance des intérêts en jeu

Le deuxième fait marquant de cette spécificité à travers le problème du maintien du lien contractuel, c'est indiscutablement l'importance des intérêts en jeu. Les parties, à travers les structures contractuelles qui ne sont qu'un moyen pour atteindre un but, voire un objectif, aspirent à une chose : la réalisation d'un projet commun. C'est la raison d'être, le fondement de leur collaboration. Un déséquilibre, même économique, ne peut à lui seul rompre la réalisation d'un projet aussi important ayant nécessité du temps, un investissement lourd, rassemblé autant d'énergies pour sa préparation et pour sa mise en œuvre. Ce qui est automatiquement et mécaniquement vrai pour une théorie de contrat normal ne l'est pas forcément pour une structure plus complexe comme le montage du financement de projet. Si des raisons économiques conjuguées avec l'effet du temps ont fait perdre l'équilibre au contrat au point d'affecter les liens contractuels, l'intérêt supérieur du projet doit transcender les incidents ou accidents de « parcours », quelque importants puissent-ils être, comme le déséquilibre de l'économie du contrat.

Logiquement, comme l'on ne parle que du « contrat » au singulier, alors que dans le montage du financement de projet il y a une multitude de contrats et d'ensemble de contrats, le déséquilibre de l'économie du contrat ne peut donc pas à lui tout seul briser celui de tous les autres, tout au plus il ne peut que le contrarier, l'effet de l'interdépendance aidant. Ainsi la multitude de contrats est à la fois une marque d'aléa à cause de l'interdépendance, mais aussi une garantie parce que la présence des autres contrats oblige systématiquement à faire face au déséquilibre pour la poursuite de l'opération. C'est le côté paradoxal de l'effet de l'interdépendance. À la fois marque d'aléa et garantie pour la poursuite de l'opération.

2.3. L'importance de l'investissement

L'importance de l'investissement est tel qu'il est impératif de trouver une issue au problème, car l'exponentiel de perte est plus important à abandonner l'opération qu'à la poursuivre, fût-elle au prix d'énormes dépenses. En prévision des difficultés qui risquent de perturber la réalisation du projet, eu égard au temps relativement long pour la réalisation, les parties prévoient souvent, (c'est une pratique courante) une clause de hardship pour parer au bouleversement de l'équilibre du contrat, preuve que le risque est non seulement pris au sérieux mais surtout est pris en compte depuis le début des négociations.

Si les parties ont tout prévu jusqu'au remodelage du contrat, on peut en déduire fort justement qu'elles n'ont pas voulu rompre les liens contractuels, voire l'existence du contrat, sinon elles l'auraient expressément stipulé d'un commun accord, le problème étant vraiment important pour ne pas faire l'objet d'une convention. À défaut de quoi l'idée de continuer le contrat subsiste toujours et donc le contrat continue de produire ses effets en attendant la réalisation de l'adaptation.

La clause de hardship enferme d'ailleurs la période de négociation dans un bref délai de deux à trois mois. La brièveté du délai peut aussi signifier le maintien du lien contractuel ; sinon à quoi servirait le fait que l'on

32. B. Oppetit, *op. cit.*, p. 807.

impose un laps de temps relativement court si ce n'est d'abord pour résoudre relativement vite un problème et ne pas laisser s'éterniser une période de flottement qui risque de porter préjudice à l'opération et ensuite pour laisser se dérouler le contrat ou mieux, pour laisser subsister les liens contractuels pendant un laps de temps relativement court.

Ainsi le montage de financement de projet qui fait appel à une multitude de contrats, ensemble et groupe de contrats soumis aux aléas et à l'effet du temps et dont l'exécution est indissociable du temps, va mettre en lumière l'étendue et l'acuité du problème du risque que constitue et représente le long terme dans l'exécution des contrats, et apporter quelques éléments de réponse pour le maintien du contrat pendant la négociation du *hardship* face au silence de la pratique internationale.

Somme toute, même si la solution que propose la pratique internationale face au problème du long terme reste perfectible comme par exemple l'introduction de la périodicité des clauses de renégociation pour la sécurisation du projet et la réduction du risque de désaccord des parties dans les grands montages et ensembles de contrats, la renégociation qu'elle propose avec l'implication totale des parties est bénéfique. À preuve le succès de cette pratique dans les contrats internationaux à long terme.

Quant au droit commun des contrats, il gagnerait à s'inspirer de la pratique internationale. Il serait aussi judicieux qu'il prenne en compte le fait que les réfé-

rences au court et au long termes sont empruntées à la terminologie des économistes et des financiers. Cela éviterait l'application stricte des principes du droit civil qui s'accommodent mal au long terme ; à preuve une jurisprudence encore hésitante, qui a du mal à se stabiliser.

Qui plus est, une proposition de loi³³ qui tarde à être adoptée :

– sûrement parce qu'elle procède de la même dialectique que le droit commun des contrats ;

– ensuite parce que la maîtrise du risque³⁴, élément extérieur, objectif et impératif, n'est pas suffisamment pris en compte. Il y est même question de sa non-acceptation préalable par la victime ;

– enfin parce que la négociation y est très encadrée et est soumise *in fine*, à s'y méprendre, aux conditions empruntées au droit civil.

Si le juge administratif a admis la théorie de l'imprévision en se fondant sur la continuité du service public, qui est en réalité une forme de pérennité contractuelle, pourquoi le juge civil n'intégrerait-il pas la réalité économique et financière qui sous-tend le long terme avec la souplesse qui s'impose. Une adaptation du *rebus sic stantibus* au long terme gagnerait ainsi à être développée. ■

33. Proposition de loi n° 3563 à permettre la renégociation de Mme Marie-Hélène Thoraval.

34. Sur le sujet, C. Zagoh, « La maîtrise des risques dans les financements de projets », thèse, Univ. René Descartes Paris V, ANRT, ISBN 978-2-7295-6752-1.