

Documents autorisés :

- Tous codes, non commentés et sans annotation manuscrite
- Dictionnaires de langue en version papier, sans annotation manuscrite

Vous traiterez, au choix, l'un des deux sujets suivants :

Sujet n°1 : Vertrag und Interessen Dritter

Sujet n°2 : Commentez, du point de vue des droits français et allemand, les extraits reproduits ci-dessous d'une décision rendue par le tribunal fédéral suisse le 18 juillet 2006 (2A.232/2005).

« 1. La recourante fonde également sa demande de remboursement sur la *clausula rebus sic stantibus* (ci-après également citée *clausula*) que la terminologie française a consacrée sous le nom de théorie de l'imprévision.

2. Cette institution juridique tirée du droit privé (cf. art. 2 CC) veut que, par exception à la règle *pacta sunt servanda*, la partie à un contrat à exécution différée - soit, en principe, un contrat de durée - peut se délier partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances ayant pour effet de créer une grave disproportion entre sa prestation et la contreprestation de l'autre partie, au point que le maintien du contrat apparaît abusif (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2 p. 383; 127 III 300 consid. 5b p. 304/305; 122 III 97 consid. 3a p. 98; 113 II 209 consid. 4a p. 211; 107 II 343 p. 347/348; 101 II 17 consid. 1a p. 19; 97 II 390 consid. 6 p. 398). Le Tribunal fédéral n'exclut pas, sur le principe, l'application par analogie de la *clausula rebus sic stantibus* à certaines relations de droit public (cf. ATF 122 I 328 consid. 7b p. 340/341; 103 Ia 31 consid. 3b p. 37; voir aussi ATF 131 II 306 consid. 4.3.2 p. 324). Jusqu'ici, il ne s'est, toutefois, pas encore exprimé sur l'applicabilité du principe au droit des concessions, au contraire de la doctrine qui paraît acquise à cette idée (cf. Jacques Fournier, Vers un nouveau droit des concessions hydrauliques, thèse Fribourg 2002, p. 208; Tomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Berne 1994, nos 173 et 236; Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 131; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1991, nos 1428 ss; Michel Hanhardt, La concession de service public, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, thèse Lausanne 1977, p. 153 ss). La question peut demeurer indécidée.

3. L'application de la *clausula rebus sic stantibus* suppose en effet que le changement déterminant des circonstances survienne après la conclusion du contrat (cf. ATF 101 II 17 consid. 1a p. 19; 97 II 390 consid. 6 p. 398) et, en principe, que l'obligation devenue trop onéreuse n'ait, à ce moment-là, pas déjà été exécutée (cf. Pierre Tercier, La «clausula rebus sic stantibus» en droit suisse des obligations, in: JdT 1999 I p. 194 ss, 196; Bruno Schmidlin, Commentaire bernois, no 273 ad art. 18 CO; Jacques Bischoff, Vertragsrisiko und clausula

rebus sic stantibus, thèse Zurich 1983, p. 219 s.; Emile Georges Thilo, Clausula rebus sic stantibus, De la revision des contrats pour cause d'imprévision, in: JdT 1937, p. 66 ss, 76). C'est que des obligations de longue durée complètement ou partiellement exécutées ne peuvent, d'ordinaire, être modifiées (ou résiliées) qu'avec effet *ex nunc* (cf. ATF 129 III 320 consid. 7.1.2 p. 328 s.). Or, dans le cas d'espèce, la totalité de la redevance a été payée en une fois, aussitôt après l'octroi de la concession en juin 2000, si bien que, pour ce motif déjà, la théorie de l'imprévision n'est pas de nature à fonder la prétention de la recourante. Au demeurant, la *clausula* n'est applicable que si le changement déterminant des circonstances peut être qualifié d'imprévisible, soit si les parties ne pouvaient ou ne devaient pas déjà le prévoir lors de la conclusion du contrat. Il s'ensuit notamment qu'un plaideur ne saurait tirer argument de la *clausula* pour demander l'invalidation ou la modification d'un contrat au motif que de simples espérances ou spéculations ne se sont pas réalisées, car il pouvait et devait compter avec une telle éventualité, même s'il ne la souhaitait pas. De la même manière, dans un contexte voisin, parfois difficile à distinguer de la *clausula*, des faits de nature spéculative, risqués ou incertains ne sont, en principe, pas susceptibles de fonder une erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 CO.

4. En l'espèce, la recourante voudrait voir un changement imprévisible des circonstances dans le fait que, contrairement aux attentes du marché au printemps 2000, le système WLL ne s'est pas imposé comme une alternative sérieuse au dernier kilomètre de Swisscom et s'est révélé un échec commercial. Elle relève qu'alors qu'elle tablait à l'époque sur un chiffre d'affaires de 114.6 millions de francs pour l'exercice 2006 qui devait passer à 219.3 millions pour l'exercice 2010, elle n'escompte aujourd'hui, malgré ses efforts, pas réaliser un chiffre d'affaires supérieur à 120'000 fr. La recourante ne donne cependant aucune indication précise permettant de comprendre les raisons de cette profonde déconvenue commerciale, pas plus qu'elle ne fournit de détails concernant les prémisses sur lesquelles elle avait fondé ses mauvaises prévisions. Selon la ComCom, si celles-ci ne se "sont malheureusement pas confirmées (c'est) notamment en raison de l'évolution de la conjoncture" (cf. rapport annuel 2002 de la ComCom).

5. Au vu de ces éléments, il apparaît que, davantage qu'à un changement imprévisible des circonstances, l'on ait ici simplement affaire à des attentes ou des espoirs déçus en raison de prévisions économiques trop optimistes qui se sont *a posteriori* révélées fausses. Or, de telles prévisions recèlent, de manière intrinsèque, un caractère spéculatif relativement marqué de nature à exclure, par principe, l'application de la *clausula*. Cette conclusion s'impose d'autant plus en l'espèce que le marché portait sur une technologie nouvelle pour laquelle il ne pouvait, par la force des choses, pas exister de projection sûre ou fiable quant au potentiel économique du système WLL, faute de points de comparaison. Du reste, la recourante admet, du moins implicitement, que ses prévisions ne reposaient sur aucune base solide, les qualifiant de "très enthousiastes et optimistes", et soulignant qu'elles s'inscrivaient dans un marché "euphorique" (recours, p. 33 et 39). La ComCom a confirmé que le montant de plus de 580 millions de francs atteint par les enchères en Suisse avait constitué une "surprise générale", notamment par comparaison à d'autres pays où, selon les moments, les concessions WLL ont été adjudgées à des prix "très bas" et ont peu rapporté, soit 99 millions de francs en Grande-Bretagne en novembre 2000 ou deux millions de francs en Autriche en janvier 2001 (cf. rapport annuel 2000 de la ComCom, p. 17). A ces circonstances qui plaident contre l'application de la *clausula*, s'ajoute le fait que les nouvelles technologies sont, par nature, un domaine en rapide évolution et en constante mutation, ce qui implique une prise de risque importante de la part des acteurs économiques opérant sur un tel marché avec, en contrepartie, des expectatives de profits substantiels en cas de succès commercial; d'ailleurs, il ressort des chiffres de "l'analyse

de projet" du 1er juillet 2005 qu'elle a versée en cause, que la recourante escomptait initialement réaliser un bénéfice net cumulé de 239 millions de francs à l'expiration de la concession en 2010 (pièce précitée, p. 8), soit un chiffre représentant plus de cinq fois le prix de la redevance.

6. Dans ces conditions, force est d'admettre que l'intéressée savait ou devait savoir, lorsqu'elle a acquis la concession litigieuse par voie d'enchères, qu'elle se lançait dans une opération incertaine et même relativement risquée. Elle ne pouvait pas exclure que ses attentes, fondées sur des prévisions pour le moins optimistes, risquaient d'être déçues. Elle devait au contraire envisager que l'exploitation de la concession pourrait n'être pas rentable. Du reste, l'acte de concession prévoit expressément que le concessionnaire peut à tout moment renoncer avant terme à la concession, mais qu'il n'a alors droit à aucun remboursement (clause 2.2.4 de l'acte de concession). Or, il ne fait pas de doute que cette hypothèse vise de manière implicite en priorité la situation dans laquelle l'exploitation de la concession est déficitaire. Dans la mesure où les parties ont envisagé et réglé les conséquences d'une telle éventualité, leur volonté doit dès lors s'appliquer et il n'y a, pour ce motif également, pas de place pour la *clausula rebus sic stantibus* ».

N.B. : Il a été procédé à la numérotation des paragraphes pour des raisons pratiques et pédagogiques. Cette numérotation ne se retrouve pas dans le texte officiel de la décision.

Bon courage !