

Marc Thewes,
rédacteur en chef

Journal

des tribunaux

Luxembourg

Doctrine

An II de la pandémie de Covid-19 - Un point comparatif sur les tribulations du paiement du loyer dans le cadre d'un bail commercial (Luxembourg, Belgique et France) : cacophonie, solidarisme ou pragmatisme ? (deuxième partie)

I. Corbisier

69

Jurisprudence

Constitution. – Égalité devant la loi.

Cour constitutionnelle,
13 novembre 2020,
obs. de F. Moyse

79

I. Contrôle de la constitutionnalité des lois. – II. Infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

Cour de cassation,
18 juin 2020

83

Principes directeurs du procès. – Allégation et preuve des faits.

Cour de cassation,
9 juillet 2020

85

Principes directeurs du procès. – Obligation pour le juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Cour de cassation,
26 novembre 2020

86

I. Acte d'appel. – II. Acte d'appel.

Cour d'appel, 1^{re} ch.,
8 juillet 2020

89

I. Sociétés commerciales. – II. Faillite.

Cour d'appel, 4^e ch.,
14 juillet 2020

90

I. Compétence matérielle. – II. Saisie-arrest.

Cour d'appel, 7^e ch.,
22 juillet 2020,
obs. de T. Hoscheit

92

I. Intérêt à agir. – II. Rectification d'erreur matérielle.

Cour d'appel, 1^{re} ch.,
22 juillet 2020

95

Procédure administrative. – Protection internationale.

Cour administrative,
15 décembre 2020,
obs. de E. Stoppioni

96

An II de la pandémie de Covid-19 - Un point comparatif sur les tribulations du paiement du loyer dans le cadre d'un bail commercial (Luxembourg, Belgique et France) : cacophonie, solidarisme ou pragmatisme ? (deuxième partie)

3 L'imprévision

12. La théorie de l'imprévision : considérations générales. — L'hypothèse de l'imprévision se rencontre lorsque des circonstances, imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, entraînent un bouleversement de son économie, occasionnant un déséquilibre considérable entre les prestations des parties, à un point tel qu'il rendrait l'exécution des obligations de l'une d'entre elles non pas impossible (hypothèse de la force majeure envisagée ci-dessus) mais beaucoup plus difficile ou onéreuse que ce que cette partie avait envisagé à l'origine. Cette situation fonderait une obligation pour les parties de renégocier les termes du contrat affectés par ce bouleversement voire une intervention du juge pour adapter le contrat¹¹¹.

Bien que le débat ait été vif en la matière depuis des années, le principe de la force obligatoire du contrat semblant s'opposer à la réception de cette théorie en droit positif¹¹², et que la France, en particulier, s'y soit mon-

trée particulièrement défavorable¹¹³ par rapport aux évolutions qui se sont fait jour en droit comparé, la réforme (précitée) de 2016 consacre une (r)évolution à vrai dire annoncée par la jurisprudence depuis un certain temps¹¹⁴, en introduisant dans le Code civil français un article 1195¹¹⁵ consacrant cette théorie et surtout ses conditions d'application¹¹⁶.

Les caractéristiques principales du régime introduit en France par le nouvel article 1195 du Code civil sont les suivantes :

1. Les conditions de mise en œuvre

tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

¹¹³ On fait évidemment allusion ici à la célèbre jurisprudence dite du « Canal de Craponne » (Cass. civ., 6 mars 1876, *in* H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., t. 2 par F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, Paris, Dalloz, 2015, n° 165) où la haute juridiction rejeta l'idée de révision du contrat (en l'occurrence une redevance fixée trois siècles auparavant et devenue totalement inadap-tée).

¹¹⁴ Pour un rappel des évolutions en la matière dans les droits français, belge et luxembourgeois, cons. P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, op. cit., n°s 482-491. L'auteur envisage notamment, en droit français, l'arrêt du 29 juin 2010 de la Cour de cassation que nous avons eu l'occasion d'évoquer *supra* note 79.

¹¹⁵ Article 1195 du Code civil français : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

¹¹⁶ Voir C. SIGNAT, « Rapport français (théorie de l'imprévision) », *in* P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? - Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, op. cit., pp. 449-466 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., pp. 38-41 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., pp. 94-96.

— un changement de circonstances¹¹⁷ imprévisible lors de la conclusion du contrat, la notion d'imprévisibilité renvoyant à la notion « raisonnable » présidant à la reconnaissance d'un cas de force majeure¹¹⁸ ;

— ce changement de circonstances doit rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie et non pas constituer un empêchement irrésistible (renvoyant à une notion d'impossibilité, *supra* n° 4) ainsi qu'il en est dans un cas de force majeure. Comment caractériser cet excès ? Des auteurs¹¹⁹ proposent de s'en référer à cet égard à l'article 6.2.2 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (précités) tout en précisant que le guide proposé est « à peine plus précis » :

« Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

» a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

» b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

» c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et

» d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

La notion d'« exécution excessivement onéreuse » demeure donc assez imprécise. Ainsi que l'énonce une auteure¹²⁰ : « la formulation de l'article fait débat : concerne-t-elle seulement les hypothèses dans lesquelles le coût de réalisation de la prestation devient excessivement onéreux, ou vise-t-elle également l'hypothèse dans laquelle la valeur de la prestation reçue devient significativement inférieure au prix convenu ? Même si la rédaction de l'article semble ne viser que la première hypothèse, certains auteurs se prononcent en faveur d'une application plus large, englobant « la diminution de la contrepartie, un rapport coût/avantage devenu négatif » ou « la dévalorisation du prix que peut recevoir le créancier ». Les contentieux qui pourraient naître des suites de l'épidémie de coronavirus et de ses conséquences sur l'économie amèneront peut-être les juges à se prononcer sur cette délicate interprétation » ;

— la victime du changement de circonstances ne doit pas avoir accepté d'en assumer le risque (voy. aussi l'article 6.2.2 *littera d* des principes Unidroit ci-avant), en d'autres termes la situation ne doit pas avoir été réglée contractuellement (clause d'imprévision ou de *hardship*), sachant que, du fait de l'édiction de l'article 1195 renversant la jurisprudence dite du « Canal de Craponne », la créativité contractuelle risque à l'avenir d'aller dans le sens d'une éviction du mécanisme prévu par l'article 1195 (risque de clauses de style en ce sens, possible effet pervers de la réglementation nouvelle)¹²¹.

2. Le régime applicable une fois ces conditions préalables satisfaites. Plusieurs étapes sont à distinguer :

— tout d'abord la phase de renégociation, celle-ci pouvant toutefois être refusée par l'autre partie¹²² ou encore aboutir à un échec. Durant cette phase aucune suspension du contrat n'est acquise : la partie demanderesse de la renégociation continue à exécuter ses obligations durant celle-ci ;

— seconde étape (en cas de refus ou d'échec de la renégociation) : les parties peuvent soit mettre fin au contrat soit solliciter amiablement le juge afin qu'il procède à son adaptation, double précision inutile selon la plupart des auteurs¹²³ ;

— ultime étape : à défaut d'accord dans un délai raisonnable le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe, cette possibilité mettant en quelque sorte la pression sur la partie bénéficiaire de l'exécution devenue plus onéreuse¹²⁴.

On a fait observer que la combinaison de l'article 1195 avec l'article 1112¹²⁵ du Code civil fonde une obligation d'entamer une négociation de bonne foi¹²⁶.

En Belgique, la théorie de l'imprévision n'est pas, à ce jour, consacrée par le Code civil et la doctrine enseigne traditionnellement que celle-ci n'est pas admise. Toutefois, une certaine jurisprudence de la Cour de cassation recourt à la théorie de l'abus de droit pour lui faire produire des effets comparables à ceux de la théorie de l'imprévision¹²⁷. Le principe de l'exécution de bonne foi (article 1134, alinéa 3, du Code civil) est également occasionnellement mobilisé par la jurisprudence pour s'opposer à ce qu'un créancier puisse demander la poursuite de l'exécution d'une convention aboutissant à la ruine du débiteur, et ce en dépit du bouleversement de l'économie contractuelle¹²⁸. En outre la Proposition de réforme du droit des obligations (précitée) comporte un article 5.74 visant, sous l'intitulé « Changement de circonstances », à introduire la théorie de l'imprévision dans le Code civil :

« Article 5.74 : Changement de circonstances

» Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

» Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies :

» 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ;

» 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ;

» 3° ce changement n'est pas imputable au débiteur ;

» 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et

» 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

» Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations.

¹²³ Les parties pouvant en effet défaire ce qu'elles ont fait (résolution du contrat) et, d'autre part, on ne voit pas pourquoi la partie bénéficiant de la non-adaptation du contrat et refusant une renégociation accepterait de le faire réviser par le juge : voir N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., p. 41.

¹²⁴ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, *ibidem*.

¹²⁵ Article 1112, alinéa 1^{er} : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

¹²⁶ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., p. 96. Nous avons toutefois relevé ci-avant, ce que d'aucuns qualifient de « régression », que le texte de l'article 1195 semble admettre qu'une partie refuse purement et simplement d'entamer une (re)négociation.

¹²⁷ Spécialement Cass., 14 octobre 2010 (fonction correctrice ou adaptatrice de l'abus de droit), en ligne : <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20101014.4/FR?HiLi=eNpLTDKwqq4FAAZPAf4=#text> (où la Cour, sur le fondement de l'abus de droit, a estimé qu'une ex-épouse ne pouvait plus réclamer de son ex-mari qu'il continue à lui verser une pension alimentaire qu'il s'était engagé à verser 30 ans plus tôt alors que celui-ci avait subi une baisse de ses revenus du fait de son départ à la retraite et que, de surcroît, l'ex-épouse vivait avec un homme bénéficiant de revenus et qu'elle-même bénéficiait d'une rémunération). Voir à ce sujet D. PHILIPPE, « Rapport belge (théorie de l'imprévision) », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? - Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 467-479 et spéc. n°s 22-27.

¹²⁸ Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1083 et s. et note D. PHILIPPE, décision également commentée par D. Philippe, *ibidem*, n° 25. La Cour y énonce que : « Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions s'oppose en outre à ce que le créancier demande la poursuite de la convention initiale, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle allant jusqu'à la ruine du débiteur ».

¹¹⁷ Ces circonstances peuvent être de toutes natures : économiques, technologiques ou même sociologiques (N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., p. 39). Nous pourrions sans doute y ajouter les circonstances d'ordre sanitaire.

¹¹⁸ Même si l'article 1195, contrairement à l'article 1218 précisant le régime de la force majeure (*supra* n° 4), ne se réfère pas à une imprévisibilité « raisonnable », il est admis que la notion doive être appréhendée de la même manière dans les deux hypothèses : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., *ibidem*.

¹¹⁹ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., p. 40.

¹²⁰ J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », op. cit., p. 616.

¹²¹ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *ibidem*.

¹²² Des auteurs signalent une régression à ce niveau par rapport à l'obligation de négocier de bonne foi découlant de certains arrêts de la Cour de cassation : voir N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., p. 40.

» En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge.

» L'action est formée et instruite selon les formes du référé »¹²⁹.

À propos de cette disposition le Professeur Philippe fait observer que, par ailleurs, la proposition de réforme répute non écrite toute dérogation au principe de l'exécution de bonne foi, en telle sorte que les deux dispositions pourraient être amenées à se chevaucher dans la mesure où la bonne foi a été considérée comme étant à la base de la théorie de l'imprévision¹³⁰.

Nous observerons pour notre part que cette disposition apparaît largement similaire à l'article 1195 du Code civil français avec néanmoins quelques différences : la seconde étape relevée ci-dessus en droit français et considérée comme inutile par la plupart des auteurs ne figure pas dans le texte belge en projet ; une indication est donnée au juge pour l'adaptation du contrat (« ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances ») ; lorsque le juge met fin au contrat, la date de prise de fin est encadrée (elle « ne peut être antérieure au changement de circonstances ») ; enfin l'action est formée et instruite selon les formes du référé, précision qui nous semble utile car elle permettra d'accélérer le temps de latence durant lequel la partie affectée par le changement de circonstances doit continuer à exécuter l'obligation concernée.

Au regard de l'admission de la théorie de l'imprévision, le Luxembourg apparaît actuellement comme étant le plus en retrait, celle-ci y étant traditionnellement considérée comme portant atteinte au principe de la convention-loi et à la sécurité juridique. Toutefois un récent arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2013 considérant que les conditions de la théorie de l'imprévision n'étaient pas réunies plutôt que de réaffirmer un rejet de cette théorie semble manifester une certaine perspective d'ouverture en la matière¹³¹.

Dans la mesure où la théorie de l'imprévision n'exige pas que l'exécution du contrat soit devenue impossible mais ait vocation à s'appliquer lorsque cette exécution est rendue bien plus onéreuse du fait des circonstances imprévisibles intervenues, elle apparaît *a priori* parmi les solutions mieux taillées pour s'appliquer aux difficultés d'exécution des obligations du preneur lorsque les lieux loués ne sont pas ou plus frappés d'une fermeture imposée par les autorités mais font l'objet de mesures certes contraignantes mais moins drastiques¹³².

13. Application de la théorie de l'imprévision au contrat de bail commercial dans le contexte de la pandémie de Covid-19 : réception mitigée. — Vu la position de principe du Luxembourg vis-à-vis de la théorie de l'imprévision, il n'est pas étonnant de ne pas en trouver trace dans la jurisprudence (précitée) ayant abordé la question qui nous intéresse.

C'est en France, par contre, en raison de son régime adopté en la matière en 2016 (article 1195 du Code civil, précité et régime décrit ci-

dessus), que la théorie de l'imprévision apparaît sous son jour le plus prometteur en vue d'être appliquée en l'espèce. Pourtant le sentiment qui domine est celui d'une certaine déception. Ainsi l'imprévision n'a été soulevée qu'à quatre reprises sur 43 décisions recensées récemment et avec un résultat partagé : « Le seul juge saisi au fond l'a rejeté avec une appréciation (...) très stricte de l'une des conditions d'application de l'article 1195 du Code civil : "l'exécution excessivement onéreuse". Certes, le loyer n'est pas en lui-même devenu plus onéreux avec la crise sanitaire, mais son poids proportionnellement au chiffre d'affaires du preneur l'a été certainement bien davantage. Les autres juges, en référé ont eu, eux, une interprétation plus souple de la règle de droit du fait de la pandémie, mais laissent encore l'appréciation finale aux juges du fond »¹³³. Ce manque d'enthousiasme dans les prétoires rejoint à vrai dire les propos formulés en doctrine selon lesquels, en bref, l'imprévision telle que réglée à l'article 1195 du Code civil est considérée comme une notion « inadaptée »¹³⁴, dont il ne faut pas attendre « grand-chose »¹³⁵ quant à la problématique du paiement du loyer commercial dans le contexte de la crise sanitaire, et ce pour les raisons suivantes :

— liée à l'entrée en vigueur de la réforme de 2016, celle-ci ne s'applique qu'aux contrats conclus ou renouvelés à partir du 1^{er} octobre 2016^{136 137} ;

— les parties peuvent choisir d'écarter complètement les effets de l'imprévision (clauses de non-révision ou anti-hardship, possible effet pervers de la réglementation nouvelle envisagé ci-dessus) ou encore d'en modaliser différemment le régime (clause d'imprévision)¹³⁸, ce sous réserve d'un éventuel examen de la validité d'une telle clause au regard de l'exigence de bonne foi, devenue d'ordre public depuis la réforme de 2016, formulée à l'article 1104 du Code civil¹³⁹ ou encore à établir que le bail constituerait un contrat d'adhésion et que la clause de renonciation à l'article 1195 (présente dans la plupart des baux, notamment ceux de centres commerciaux) créerait un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171¹⁴⁰ du Code civil¹⁴¹ ;

— l'exécution du contrat n'est pas suspendue du fait de la mise en œuvre de ce remède ; or l'accomplissement des diverses étapes relevées ci-dessus prend du temps¹⁴² ;

— l'autre partie n'a pas l'obligation de répondre à l'invitation de renégocier en dehors de l'exigence de bonne foi formulée à l'article 1104 du Code civil¹⁴³ ;

— la notion d'exécution devenue « excessivement onéreuse » est source d'incertitude et la jurisprudence actuelle n'a pas permis à ce jour de la lever concernant la question qui nous préoccupe¹⁴⁴ ;

— la saisine du juge n'intervient que dans un second temps alors que la poursuite de l'exécution du contrat aura dû être assurée¹⁴⁵ ;

¹³³ P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*, p. 107.

¹³⁴ F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », n^{os} 16-20.

¹³⁵ F. KENDERIAN, *ibidem*, n^o 21.

¹³⁶ A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 334 ; N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *op. cit.*, p. 888 ; C. VERRONST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n^o 2.3 ; F. KENDERIAN, *ibidem*, n^o 17 ; J.-D. BARBIER, « Coronavirus : la résiliation du bail par le locataire », *A.J.D.I.*, 2020, pp. 341-342 et spéc. p. 342.

¹³⁷ Et, en raison de la nécessité de satisfaire à la condition d'imprévisibilité, les contrats conclus jusqu'au 30 janvier 2020 (date à laquelle l'O.M.S. a déclaré la Covid-19 « urgence de santé publique de portée internationale ») selon certains : voir J.-P. BLATTER, « Le bail, le Covid-19 et le schizophrène – Propos à bâtons rompus », *op. cit.*, p. 249.

¹³⁸ C. VERRONST-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem* ; voy. également J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*, p. 616.

¹³⁹ Art. 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public » et voir A. CONFINO et J.-P. CONFINO, *ibidem*.

¹⁴⁰ Lequel dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹⁴¹ Pour cette observation : F. KENDERIAN, *ibidem*, n^o 17.

¹⁴² C. VERRONST-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem* ; F. KENDERIAN, *ibidem*, n^o 18 ; J. HEINICH, *ibidem*.

¹⁴³ C. VERRONST-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem*.

¹⁴⁴ C. VERRONST-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem* ; J. HEINICH, *ibidem* Nous avons vu ci-dessus que cette difficulté s'est effectivement posée dans les rares décisions existantes.

¹²⁹ Voir D. PHILIPPE, *ibidem*, n^{os} 30-57.

¹³⁰ D. PHILIPPE, *ibidem*, n^o 57. L'auteur fait référence à l'actuel article 5.73 de la Proposition de réforme : « Art. 5.73. Exécution de bonne foi et prohibition de l'abus de droit

Le contrat doit être exécuté de bonne foi.

En vertu de l'alinéa 1^{er} :

1^o chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ;

2^o nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat.

Toute dérogation au présent article est réputée non écrite ».

¹³¹ Voir P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, *op. cit.*, n^o 491 ; D. SPIELMANN, « Rapport luxembourgeois (théorie de l'imprévision) », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, *op. cit.*, pp. 443-447.

¹³² M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *op. cit.*, pp. 266-270 : l'auteur désigne l'abus de droit, l'exécution de bonne foi des conventions et la théorie de l'imprévision comme étant les réponses les plus adaptées lorsque les lieux loués ne sont pas/plus l'objet d'une mesure de fermeture tandis que la force majeure et la théorie des risques constituent les solutions envisagées lorsque les lieux loués sont frappés d'une mesure de fermeture.

— ne permet que la révision du contrat et pas l'exonération des obligations concernées¹⁴⁶ ni une modification provisoire du loyer¹⁴⁷.

Plus généralement le caractère ardu de cette procédure est mis en évidence, celle-ci ne répondant donc pas à la situation d'urgence générée par la crise sanitaire¹⁴⁸, l'imprévision étant avant tout un mécanisme de renégociation du contrat pour l'avenir¹⁴⁹. Un auteur a même émis un doute sur l'applicabilité des règles générales de l'article 1195 aux baux commerciaux en raison de l'existence de règles spéciales portant sur la révision du contrat¹⁵⁰. Quoi qu'il en soit, il est conseillé pour l'avenir aux parties de rédiger leurs propres clauses de renégociation (*hardship*) de manière à remédier aux lourdeurs et lenteurs inhérentes à la mise en œuvre de l'article 1195¹⁵¹.

En Belgique, des juridictions ont relevé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la théorie de l'imprévision dans la mesure où celle-ci ne fait pas (encore) partie du droit positif¹⁵². Néanmoins la frontière entre force majeure et imprévision devient de plus en plus poreuse du fait que la condition d'impossibilité (*supra* n° 4) inhérente à la force majeure est désormais appréciée de manière raisonnable et humaine¹⁵³. En outre certains auteurs ont pu relever l'émergence d'une véritable obligation de renégociation des conditions du contrat en cas de bouleversement de l'économie contractuelle¹⁵⁴. D'autres ont estimé qu'il ne serait pas impossible de voir des juges s'inspirer de la proposition de réforme en la matière¹⁵⁵ que nous avons envisagée ci-dessus et, de fait, quelques décisions ont anticipé cette réforme, spécialement une décision de la justice de paix de Bruxelles du 29 janvier 2021¹⁵⁶ aux termes de laquelle le juge a estimé d'abord qu'aucun des arguments classiquement développés dans les dossiers Covid n'apporte de solution satisfaisante dans le contexte de la crise sanitaire pour opter ensuite pour une application anticipée de l'article 5.74 de la proposition précitée en matière d'imprévision lui permettant d'obliger les parties à renégocier les termes de leur contrat et, en cas d'échec, de l'adapter lui-même. Une autre décision de la justice de paix d'Anvers du 10 juillet 2020 peut également être évoquée à cet égard¹⁵⁷.

¹⁴⁵ C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem*.

¹⁴⁶ C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem*.

¹⁴⁷ J.-P. BLATTER, *ibidem* : l'auteur faisant observer qu'une telle solution n'a été envisagée ni par l'ordonnance du 2 février 2016 ni par les auteurs.

¹⁴⁸ A. CONFINO et J.-P. CONFINO, *ibidem*; J.-D. BARBIER, *ibidem*, p. 342 (procédure « difficilement praticable »); J. HEINICH, *ibidem* (à propos de la mise en œuvre de l'article 1195 : « le temps qu'il prévoit pour obtenir une révision judiciaire est difficilement compatible avec le rythme de la vie des affaires. Souvent le contractant aura recours au droit des entreprises en difficulté avant d'obtenir l'accès au juge de droit commun dans de telles situations »).

¹⁴⁹ F. KENDERIAN, *ibidem*, n° 18.

¹⁵⁰ F. KENDERIAN, *ibidem*, n° 17.

¹⁵¹ F. KENDERIAN, *ibidem*, n° 19.

¹⁵² Voir N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n° 17, se référant aux décisions : J.P. Huy, 19 octobre 2020 (décision analysée *supra* n° 5); J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/1, p. 35; J.P. Gand, 6 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie* ?, *op. cit.*, pp. 44 et 45; J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie* ?, *op. cit.*, p. 39 ainsi que J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 4 septembre 2020, *Juridische panoplie bij pandemie* ?, *op. cit.*, p. 5 (ces décisions mettant en évidence l'absence de consécration de l'imprévision ou encore sa nature « controversée »).

¹⁵³ Voir F. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 327, évoquant une jurisprudence où une force majeure fut admise (décisions antérieures à la crise du coronavirus) alors que l'exécution n'était pas impossible mais devenue très difficile; N. BERNARD, *ibidem*, n° 8.

¹⁵⁴ F. GLANSDORFF, *ibidem*; D. PHILIPPE, « À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », note sous Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1083 et s. (décision envisagée *supra* note 128); M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *op. cit.*, p. 266 citant deux arrêts de Cour d'appel aux termes desquels le principe d'exécution de bonne foi des conventions est invoqué dans des espèces constitutives de cas d'imprévision : d'une part, pour s'opposer à ce que le créancier continue d'exiger le respect de l'accord primitif en dépit d'un bouleversement de l'économie contractuelle (Liège, 21 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 504) et, d'autre part, le principe est convoqué en sa fonction modératrice pour fonder une possible intervention du juge qui pourrait estimer qu'un créancier commet un abus de droit en s'en tenant à l'exigence de l'exécution de la convention et donc refusant toute renégociation de celle-ci alors que le débiteur se trouve dans une situation constitutive d'imprévision (Gand, 3 février 2014, *N.j.W.*, 2015, pp. 202-203, note C. LEBON).

¹⁵⁵ S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, p. 306.

¹⁵⁶ J.P. Bruxelles, 2^e canton, 29 janvier 2021, R.G. n°s 20/A/2214 et 20/A/2215 (inédits), évoqués par M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », n° 4, p. 207.

¹⁵⁷ J.P. Anvers, 10 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie* ?, *op. cit.*, pp. 49-52,

La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision apparaît ainsi étroitement liée au principe de l'exécution de bonne foi des conventions, tant en droit français qu'en droit belge, et, en droit belge, à la théorie de l'abus de droit, deux fondements que nous envisagerons *infra* 5. Avant cela nous estimons utile d'avoir égard à la possibilité qu'aurait ou pas le locataire d'invoquer l'exception d'inexécution, un moyen de justice privée qui lui permettrait de se passer, certes à ses risques et périls, d'un recours préalable au juge.

4 L'exception d'inexécution

Le droit français semble se différencier des droits belge et luxembourgeois, s'agissant de la possibilité pour le preneur d'invoquer l'exception d'inexécution dans le contexte de la crise sanitaire mais la différence est-elle aussi marquée qu'il n'y paraît au premier abord ?

14. L'exception d'inexécution, considérations générales. — L'exception d'inexécution, relevant de la justice privée¹⁵⁸, permet à une partie à un contrat synallagmatique de suspendre l'exécution de son obligation lorsque l'autre partie est elle-même en défaut d'exécuter sa propre obligation. Elle est admise de longue date dans les trois droits étudiés. Les fondements de cette exception diffèrent toutefois d'un droit à l'autre.

En droit luxembourgeois, l'exception d'inexécution fait l'objet d'une disposition spécifique dans le Code civil depuis la loi du 15 mai 1987 (précitée), à savoir :

« Article 1134-2.

» Lorsqu'une des parties reste en défaut d'exécuter une des obligations à sa charge, l'autre partie peut suspendre l'exécution de son obligation formant la contrepartie directe de celle que l'autre partie n'exécute pas, à moins que la convention n'ait prévu en faveur de cette partie une exécution différée ».

On recourt traditionnellement à la notion de « cause » en vue d'établir le lien d'interdépendance entre les obligations dans un contrat synallagmatique justifiant à son tour l'exception d'inexécution¹⁵⁹. Sa mise en œuvre suppose l'inexécution d'une obligation exigible dans le chef de l'autre partie¹⁶⁰. L'article 1134-2 n'évoque pas l'exception d'inexécution par anticipation (*exceptio timoris*), que l'on pourrait envisager lorsqu'il apparaît manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas, la jurisprudence se montrant hésitante en la matière¹⁶¹.

En droit belge, l'exception d'inexécution n'est consacrée par aucun texte mais elle est admise de longue date par la doctrine et la jurispru-

commentée par M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, *ibidem* et N. BERNARD, *ibidem* (le juge se référant tant à la future introduction de l'imprévision en droit belge qu'à la fonction modératrice de la bonne foi).

¹⁵⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., n° 775 : l'exception d'inexécution se présente généralement comme un moyen de défense en justice mais elle peut également être soulevée en dehors de toute procédure judiciaire. Voy. également N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 127 (mesure d'exécution privée); F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 22 (Le principal intérêt de l'exception d'inexécution est qu'elle n'est subordonnée à aucune demande en justice. Elle est en cela un moyen de justice privée); C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n° 2.1 (rappel de ce que les dispositions en la matière n'exigent pas d'intervention *a priori* du juge); A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 331 (voie de justice privée, offensive ou défensive).

¹⁵⁹ P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, *op. cit.*, n°s 341-346 et 666 (même si l'auteur estime cette explication superflue car l'exception d'inexécution existe dans de nombreux systèmes juridiques qui ne connaissent pas la notion de cause). On observera également à cet égard que la loi, précitée, du 15 mai 1987 introduit également un article 1134-1 dans le Code civil, lequel dispose que : « La convention qui donne naissance à des obligations réciproques oblige, sauf intention ou usage contraires, chaque partie à exécuter son obligation de façon à ce qu'elle coïncide avec l'obligation corrélatrice de l'autre partie » dont on peut dire qu'il consacre ce lien d'interdépendance.

¹⁶⁰ P. ANCEL, *ibidem*, n° 669.

¹⁶¹ Cons. O. POELMANS, « Rapport luxembourgeois (Sanctions de l'inexécution) », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 557-569 et spéc. pp. 563-565, n° 3 pour les hésitations de la Cour d'appel s'agissant de l'exception d'inexécution par anticipation.

dence. Comme la théorie des risques (envisagée *supra* 2) elle se fonde non sur la notion de « cause » mais sur un principe général de droit d'interdépendance entre les obligations des parties dans un contrat synallagmatique¹⁶². Pour qu'un créancier soit à même de la soulever, il doit se trouver confronté à un comportement contractuellement fautif imputable à son débiteur¹⁶³ et, à ce titre, se distingue de la force majeure temporaire qui, en application de la théorie des risques, entraîne également une suspension d'exécution dans le chef de l'autre partie au contrat¹⁶⁴. La proposition de réforme du droit des obligations (précitée) introduit un article 5.239 en la matière :

« Article 5.239. Exception d'inexécution

» § 1. Dans un rapport synallagmatique, le créancier d'une obligation exigible peut suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne. La suspension doit être appliquée de bonne foi.

» La preuve que le débiteur a exécuté ou offert d'exécuter son obligation incombe au débiteur. Si le créancier considère que cette exécution ou offre d'exécution n'est pas conforme à ce qui était dû, la preuve lui en incombe.

» § 2. Le créancier peut aussi suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui.

» Le créancier ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de la sienne.

» § 3. Lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose, la suspension fait l'objet d'une notification écrite donnée sans retard injustifié. Celle-ci indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant ».

Cette future disposition belge s'inspire partiellement du droit français tel qu'il résulte de la réforme de 2016 (précitée)¹⁶⁵. Avant cette réforme l'exception d'inexécution n'était pas non plus consacrée par des textes généraux en France¹⁶⁶. Depuis cette réforme les textes suivants sont applicables :

« Article 1217 : La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

» — refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;

» (...)

» Article 1219 : Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

» Article 1220 : Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

L'exception d'inexécution française se fonde également sur l'interdépendance des obligations dans le contrat synallagmatique¹⁶⁷. Par ailleurs et ceci constitue une différence très notable avec les principes établis en droit luxembourgeois et en droit belge, certains défendent en droit français l'opinion selon laquelle la faute de l'autre partie ne constituerait pas une condition de mise en œuvre de l'exception d'inexécution (le seul effet de l'absence de faute de l'autre partie résiderait alors dans le fait que l'on ne pourra lui réclamer en plus des dommages et intérêts) en telle sorte que l'on a pu affirmer que l'exception d'inexécution peut être opposée lorsque l'inexécution est imputable à la force majeure. Par conséquent la force majeure temporaire aboutit au même résultat que l'exception d'inexécution¹⁶⁸. La question est toutefois controversée, d'autres estimant que l'exception d'inexécution ne peut être soulevée qu'en cas de manquement fautif de la partie à l'encontre de laquelle on la souleve¹⁶⁹.

15. Mise en œuvre de l'exception d'inexécution dans le contexte de la pandémie de Covid-19 : non en Belgique et au Luxembourg, incertitude en France. — Le preneur peut-il se prévaloir de l'exception d'inexécution à l'encontre du bailleur en défaut de lui procurer la jouissance paisible des lieux ? Au regard des principes généraux tels qu'ils ont été rappelés pour le Luxembourg et la Belgique, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution étant tributaire d'une faute contractuelle imputable à la partie à laquelle on l'oppose, ce moyen n'y a logiquement rencontré aucun succès notable¹⁷⁰.

En France, l'exception d'inexécution a été invoquée dans une petite moitié des procès (sur 43 décisions analysées)¹⁷¹ mais, aux dires de P. Jacquot, le succès est maigre pour le preneur : « (...) au mieux pour les preneurs, l'argument est admis comme une contestation sérieuse. Mais, dans l'ensemble, il est tout autant rejeté, au principal motif que

¹⁶⁸ Voir J.-D. BARBIER, « Le déconfinement du bail commercial », *op. cit.* L'auteur cite à l'appui de ses dires : J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « Les effets du contrat », in *Traité de droit civil*, 3^e éd., 2001, Paris, L.G.D.J., p. 444, n° 383 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les obligations*, 12^e éd., 2018, Dalloz, p. 827, n° 769 : « Peu importe la source de l'inexécution. Ce peut être la faute du débiteur. Mais il peut s'agir aussi d'un événement de force majeure empêchant l'exécution d'une obligation et permettant une suspension corrélative » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., 2019, Thémis, p. 765, n° 995 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 13^e éd., 2018, Dalloz, p. 179, n° 179. Dans le même sens : C. VERRON-VALLIOT et S. PELLETIER, *ibidem*, n° 2.1 (« Il importe peu que la cause de l'inexécution, partielle ou totale, soit imputable au débiteur »). Voir également A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 332, évoquant la doctrine (M. STORCK in *J.-Cl. Civ. code*, articles 1219 et 1220, n° 40 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2002 ; A. BONARDI, *Remarques sur la nature juridique de la suspension du contrat de travail*, Banque des mémoires, 2013, p. 39, n° 48, en ligne : <https://docas-sas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/b5d95dd3-08f9-48cb-9043-5c5b7940e6fb> et la jurisprudence (Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1981, n° 79-12.710, D, 1982, 479 ; Rennes, 5 juin 2019, n° 16/06391) en faveur de la thèse selon laquelle une faute de l'autre partie ne serait pas requise en telle sorte que, selon les auteurs « Il n'est pas impossible que l'extrême violence de la crise sanitaire actuelle conduise les tribunaux à détacher l'exception d'inexécution de la considération d'une faute du cocontractant ».

On remarquera que le nouvel article 1220 ne tranche pas la controverse dans la mesure où le texte n'exige pas expressément que le manquement soit *imputable* au débiteur.

¹⁶⁹ Comp. F. KENDERIAN, *ibidem*, n° 25 relevant qu'une partie de la doctrine considère que l'exception d'inexécution peut jouer peu important qu'il y ait eu faute du débiteur ou force majeure (il s'agit des auteurs déjà cités) mais l'auteur lui-même n'adhère pas à cette vision ainsi que nous le verrons *infra* n° 15.

¹⁷⁰ En Belgique : l'exception d'inexécution n'est même pas évoquée par M. HIGNY (« Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *op. cit.*). Voir en outre S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, p. 307 (rejet de l'exception d'inexécution en l'absence d'un manquement imputable au bailleur, les auteurs réfutant au passage la seule étude que nous ayons pu recenser en droit belge plaçant en faveur de la mise en œuvre de cette exception dans le contexte de la pandémie, à savoir R. TIMMERMANS, « De impact van de uitbraak van Covid-19 op private huurrelaties en mogelijk passende remedies », *Huur*, 2020, n° 2, p. 75) ; N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n° 8 (l'exception d'inexécution n'est pas envisageable en l'absence d'une inexécution fautive dans le chef du bailleur). Enfin M. DUPONT et J.-S. LENAERTS ne l'évoquent pas non plus dans leur récente étude de synthèse (« Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *op. cit.*).

Au Luxembourg : voir L. THIELEN, *Le contrat de bail en droit luxembourgeois — Bail résidentiel — Le nouveau bail commercial et les autres baux professionnels — Colocation et location Airbnb*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n°s 125-126 (« L'*exceptio non adimpleti contractus* n'est cependant admise par la jurisprudence qu'avec prudence. Elle n'est admise que si les manquements du bailleur sont prouvés et indiscutables (...) les tribunaux ne retiennent qu'avec grande circonspection le droit du locataire de retenir le loyer et il faut déjà un manquement d'une certaine gravité correspondant à une véritable inexécution d'une obligation du bailleur »). Unanimité de la jurisprudence (précitée *supra* note 5) pour soumettre la rétention de l'exception d'inexécution à l'encontre du bailleur à un manquement dans son chef (inexistant dans le contexte de la pandémie) : J.P. Luxembourg, 29 juillet 2020 (le preneur s'était prévalu de l'exception d'inexécution, moyen rejeté car pas de manquement grave du bailleur qui a pu quant à lui exciper avec succès de la force majeure avec pour conséquence le maintien de l'obligation du preneur de s'acquitter du loyer) ; également en ce sens (le preneur ayant pu par contre se prévaloir de la théorie des risques pour se dégager de son obligation) : J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021 ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 197/21 ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 204/21 ; J.P. Luxembourg, 4 février 2021.

¹⁷¹ P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁷² P. JACQUOT, *ibidem* Voir également les commentaires de F. KENDERIAN et

¹⁶² P. WÉRY, *ibidem*, n°s 776-777, il s'agit d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis le XIX^e siècle.

¹⁶³ P. WÉRY, *ibidem*, n° 779 : « L'excipiens doit invoquer une défaillance consommée de son cocontractant, qui lui est imputable. Il appartient à l'excipiens d'apporter la preuve de l'inexécution de son cocontractant ».

¹⁶⁴ Voir DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1 par P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, n° 568.

¹⁶⁵ Spécialement le second paragraphe de l'article 5.239 relatif à l'*exceptio timoris* ou exception d'inexécution par anticipation qui s'inspire de l'actuel article 1220 du Code civil français (voir Proposition (précitée), Commentaire des articles, pp. 273-274) reproduit ci-dessous.

¹⁶⁶ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 410.

le contexte sanitaire comme la fermeture administrative ne sont pas imputables au bailleur. Il est vrai que l'exception d'inexécution est, par définition, un moyen de contrainte pour inciter l'autre partie à exécuter ses obligations. Quoi qu'il fasse durant le confinement, le bailleur ne pourra de toute manière pas assurer la délivrance conforme ou la jouissance paisible et ce n'est pas en arrêtant de payer le loyer que cela changera quoi que ce soit à cette impossibilité d'exploiter normalement »¹⁷². F. Kenderian fait observer que, de toute façon, l'exception d'inexécution ne pourrait être soulevée qu'en cas de privation totale de jouissance (le manquement, qu'il soit exigé qu'il soit fautif ou non, devant de toute façon être grave ; cas des commerces qualifiés de « non essentiels » qui ont fait l'objet d'une mesure de fermeture totale et qui ne sont pas en mesure de conserver une certaine activité par d'autres moyens) et non pas en cas de privation partielle de jouissance (cas des restaurants faisant de la vente à emporter ou des commerces faisant du click & collect, par exemple), l'auteur semblant lui-même plutôt être d'avis que l'exception d'inexécution ne pourra être retenue dans la mesure où le manquement n'est pas imputable au bailleur¹⁷³. En conclusion il n'est donc pas du tout certain que le preneur puisse se prévaloir de l'exception d'inexécution et un arrêt du 5 novembre 2020 de la Cour d'appel de Grenoble¹⁷⁴ en témoigne, rejetant l'exception d'inexécution au motif qu'un manquement contractuel n'était pas établi dans le chef du bailleur¹⁷⁵. Plus récemment encore un jugement du tribunal judiciaire de Paris du 25 février 2021¹⁷⁶ a également rejeté l'exception d'inexécution au motif que : « En application de l'article 1719 du Code civil, le bailleur est obligé, par la nature du contrat (...) de délivrer au preneur la chose louée en mettant à sa disposition, pendant toute la durée du bail, des locaux conformes à leur destination contractuelle, dans lesquels il est en mesure d'exercer l'activité prévue par le bail, et d'en faire jouir paisiblement celui-ci pendant la même durée. Cet article n'a pas pour effet d'obliger le bailleur à garantir au preneur la chalandise des lieux loués et la stabilité du cadre normatif, dans lequel s'exerce son activité »¹⁷⁷. On remarque que ces deux dernières décisions ne recourent même pas au contre-argument de la force majeure dans le chef du bailleur pour rejeter l'exception d'inexécution mais procèdent à une analyse de l'obligation du bailleur sur pied de l'article 1719 du Code civil pour aboutir à la conclusion que cette obligation avait été en l'occurrence exécutée par le bailleur. À ce titre ces décisions évoquent la position minoritaire qui s'est fait jour en Belgique selon laquelle le locataire ne pourrait invoquer la théorie des risques en ce qu'une mesure de fermeture administrative ne mettrait pas le bailleur dans l'incapacité de faire jouir paisiblement le locataire des lieux loués mais frapperait le locataire dans son aptitude de permettre l'accès des lieux loués au public (*supra* n° 8) de même que la position adoptée le 30 mars 2021 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (*supra* n° 10) qui, également pour rejeter la théorie des risques au profit du preneur, avait mis en évidence que le preneur avait toujours la jouissance des lieux alors que seule son activité avait fait l'objet d'une mesure d'interdiction. Ces décisions récentes semblent indiquer sinon que le vent tourne en faveur du bailleur du moins que les juges sont désespérément en recherche d'un équilibre où ils n'apparaîtraient pas en situation de prendre systématiquement parti en faveur de l'un ou l'autre des contractants engagés dans un bail commercial et confrontés à la situation réglementaire particulière générée par la pandémie. À cet égard on peut se demander si des remèdes visant à amener les parties à régler leur problème par la négociation et le compromis librement consenti ne pourraient être plus volontiers recherchés par les juges, sachant que la théorie de l'imprévision (*supra* nos 12 et 13) ne tient pas ses promesses, du moins dans une situation d'urgence. Ceci nous amène à

analyser le rôle que les concepts de bonne foi et d'abus de droit ont pu jouer dans ce contexte.

5 L'exécution de bonne foi des conventions et l'abus de droit en matière contractuelle

16. Deux remèdes liés voire indissociables, surtout en Belgique.

— En Belgique, P. Wéry a remarquablement retracé la fortune de la bonne foi, toujours fondée sur le vénérable article 1134, alinéa 3, du Code civil¹⁷⁸, aujourd'hui érigée au rang de l'un des « principes essentiels du droit des contrats »¹⁷⁹, au départ sous l'influence des idées de R. Demogue (sa conception du « microcosme contractuel », le contrat envisagé comme une petite société d'intérêt commun où l'opposition d'intérêts fait place à une certaine union, devoir de collaboration du créancier). La bonne foi va connaître un essor sans pareil à partir du début des années 80 pour devenir un « nouveau centre de gravité du droit des contrats »¹⁸⁰. Deux fonctions de la bonne foi se sont alors particulièrement développées¹⁸¹ : une fonction complétive (incluant, par exemple, les devoirs de renseignement, de conseil, de minimiser le dommage¹⁸², etc.) et une fonction modératrice qui se traduit par une interdiction de l'abus de droit adressée au créancier contractuel¹⁸³, laquelle permet de « tempérer la rigueur contractuelle, qui est le corollaire du principe de la convention-loi (article 1134, alinéa 1^{er}, C. civ.) »¹⁸⁴. Selon un arrêt du 19 septembre 1983 de la Cour de cassation¹⁸⁵, jurisprudence confirmée à de multiples reprises depuis, « le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci ». La prohibition de l'abus de droit en matière contractuelle réside donc dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et non dans l'article 1382 (responsabilité extracontractuelle) de ce même code¹⁸⁶. Quels sont les critères de l'abus de droit ? L'abus ne peut bien sûr résulter du simple fait que le titulaire d'un droit tire avantage de celui-ci. L'abus résulte de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. Les hypothèses en la matière ne se réduisent pas à la seule intention de nuire. Plus généralement, un critère de proportionnalité apparaît comme étant le plus généralement utilisé. Ainsi selon la Cour de cassation¹⁸⁷, il y aura abus dans l'exercice d'un droit « lorsque le préjudice causé [du fait de l'exercice de ce droit, n.d.r.] est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit », l'impératif de sécurité commandant toutefois que toutes les circonstances de la cause soient prises en cause, une inexécution résultant d'un comportement dolosif, par exemple, étant impropre à susciter l'indulgence de la part des juges¹⁸⁸. Quant à la sanction de l'abus de droit, elle réside soit dans la réduction de ce droit à son usage normal soit dans la réparation du dommage que l'abus a causé (allocation de dommages et intérêts)¹⁸⁹.

lieu de loi à ceux qui les ont faites.

» (...)

» (Elles) doivent être exécutées de bonne foi ».

Voir *supra* note 130 pour la disposition (article 5.73) introduite par la Proposition de réforme (précitée) du droit des obligations en matière d'exécution de bonne foi et abus de droit.

¹⁷⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, n° 111.

¹⁸⁰ P. WÉRY, *ibidem* citant X. DIEUX.

¹⁸¹ Outre la fonction interprétative, traditionnellement admise pour la bonne foi.

¹⁸² À son sujet, particulièrement dans le contexte qui nous préoccupe, voy. *supra* n° 9.

¹⁸³ P. WÉRY, *ibidem*, nos 112-113. L'auteur évoque également une possible fonction adaptative (qui permettrait au juge de réviser le contrat) laquelle est considérée comme généralement rejetée par la jurisprudence actuelle. Voir ce qui est dit *supra* nos 12-13 à propos de la théorie de l'imprévision.

¹⁸⁴ P. WÉRY, *ibidem*, n° 113.

¹⁸⁵ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 55.

¹⁸⁶ P. WÉRY, *ibidem*.

¹⁸⁷ Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392 ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624F (en ligne : <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:010106.4/FR?HiLi=eNpLlDKwqq4FAAZPA4>)

¹⁸⁸ P. WÉRY, *ibidem*, n° 114.

¹⁸⁹ Sanction définie pour la première fois en ces termes par un arrêt de la Cour de

J. MONEGER, « Chronique : Baux commerciaux », *op. cit.*, pp. 788-790.

¹⁷³ F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », n° 25-26.

¹⁷⁴ En ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/document/grenoble-5-nov-2020-n-1604533>

¹⁷⁵ Voir les commentaires de F. KENDERIAN et J. MONEGER, *ibidem*, p. 789.

¹⁷⁶ En ligne : <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2021-03/Jugement%20TJ%20Paris%2025022021.pdf>

¹⁷⁷ Pour un commentaire de cette décision, qui a fait grand bruit : J. MONEGER, « Pandémie et bail commercial : l'article 1719 du Code civil peut-il ouvrir la décharge du loyer dû ? », *Dalloz.actualité* en ligne, 9 mars 2021 : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/pandemie-et-bail-commercial-l-article-1719-du-code-civil-peut-il-ouvrir-decharge-du-loyer-du#.YGollOhLjZs> ; J.-P. BLATTER, « Pandémie de Covid-19 : absence d'obligation du bailleur de garantir la chalandise et la stabilité du cadre normatif », *A.J.D.I.*, 2021, pp. 310 et s.

¹⁷⁸ Article 1134 du Code civil belge : « Les conventions légalement formées tiennent

Dans le contexte de la présente pandémie, un auteur¹⁹⁰ a insisté sur le caractère particulièrement adéquat de la notion d'abus de droit comme constituant le mécanisme correcteur le plus approprié, permettant de répartir les conséquences de la crise sanitaire entre les parties en ne favorisant pas déraisonnablement une partie plutôt que l'autre, par une réduction du droit à son usage normal en fonction des circonstances concrètes de la cause. Ainsi « on pourrait considérer qu'un preneur qui s'opposerait, dans son principe, à un propriétaire qui lui demanderait de payer "une partie de loyer" pour la période de confinement, quand bien même l'activité du locataire était totalement à l'arrêt, abuserait de son droit ». La seule discussion alors selon l'auteur consiste dans la détermination, à faire par le juge se laissant guider par la fonction modératrice de la bonne foi, du quantum du loyer restant dû, le même raisonnement pouvant s'appliquer lorsque le locataire peut continuer à exploiter partiellement son commerce.

Au Luxembourg, les diverses fonctions assumées par la bonne foi en Belgique sont connues notamment via l'ouvrage de P. Ancel¹⁹¹. L'auteur souligne qu'il serait « logique » au Luxembourg d'assimiler la fonction limitative (modératrice) de la bonne foi avec l'interdiction de l'abus de droit, et ce d'autant plus que la notion d'abus de droit a fait l'objet de l'insertion d'une disposition spécifique dans le Code civil par l'effet d'une loi du 2 juillet 1987 (précitée) :

« Article 6-1 : Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus ».

Pour l'éminent auteur, le fait que l'exercice anormal d'un droit ne soit « pas protégé par la loi marque clairement que la première sanction de l'exercice abusif d'un droit doit être le refus par le juge de déclarer fondée la prétention du titulaire du droit. La fonction limitative de la bonne foi contractuelle, qui permet de bloquer la prétention de celui qui exerce de manière déloyale une prérogative contractuelle, s'inscrit donc naturellement dans le cadre de ce texte »¹⁹². Plus spécifiquement le droit de demander l'exécution d'une obligation contractuelle devrait céder en cas d'abus du créancier¹⁹³.

En France, la bonne foi est considérée comme formant un « principe en expansion »¹⁹⁴. La réforme (précitée) de 2016 a ainsi, au départ de la disposition de l'article 1134, alinéa 3¹⁹⁵, étendu l'emprise de ce principe au-delà de la seule exécution du contrat et en a fait une règle d'ordre public :

« Article 1104 : Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

» Cette disposition est d'ordre public ».

Au stade de l'exécution contractuelle, la bonne foi impose un devoir de coopération/collaboration entre les parties à apprécier au cas par cas¹⁹⁶. La notion d'abus de droit est liée à celle de mauvaise foi¹⁹⁷ et consiste soit en une intention de nuire soit en un excès dans l'usage du droit concerné¹⁹⁸. Les exemples fournis en droit français au titre de l'exécution de bonne foi des conventions évoquent les fonctions complétive (par exemple pour fonder une obligation de renseignement ou de sécurité) ou modératrice (permettant de sanctionner la déloyauté d'un contractant) telles qu'envisagées en droit belge¹⁹⁹. Constitue notamment un manquement à la bonne foi le fait d'imposer au contrac-

tant des sacrifices considérables et sans rapport avec l'utilité contractuelle et la doctrine a aussi proposé de fonder sur la bonne foi une obligation de renégocier en présence d'un changement imprévu de circonstances en dehors du cadre strict de l'article 1195 du Code civil²⁰⁰. Nous verrons ci-après que si la bonne foi a fait l'objet de discussions dans de nombreuses affaires dans le contexte qui nous préoccupe, par contre la notion d'abus de droit ne semble pas y avoir été spécifiquement invoquée.

17. Application du principe de bonne foi et/ou de prohibition de l'abus de droit dans le contexte de la pandémie de Covid-19 : oui en Belgique et en France, plutôt non au Luxembourg. — Dans la mesure où les notions de bonne foi et d'abus de droit permettent d'échapper à une logique binaire et de procéder à une répartition ou mutualisation des risques entre bailleur et locataire en fonction des circonstances précises de l'espèce, il n'est pas étonnant de voir ces notions mises en œuvre dans la jurisprudence belge développée dans le contexte de la pandémie. En doctrine M. Higny avait déjà, dans son étude publiée aux premiers temps de la pandémie, souligné le potentiel de ces remèdes, et ce que les lieux fassent l'objet d'une fermeture imposée ou non/plus²⁰¹. Et, effectivement, dans son bilan jurisprudentiel publié en début d'année, N. Bernard a relevé un nombre conséquent de décisions recourant aux notions de bonne foi/abus de droit, lesquelles sont assurément appréciées par les juges en ce qu'elles leur permettent de calibrer leurs décisions au cas par cas et d'inciter les parties à renégocier entre elles les termes de leur contrat (illustrations) :

— J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020²⁰² : le juge écarte une série d'arguments (fondés sur l'obligation de jouissance paisible du bailleur, la perte de la chose louée, la force majeure, l'imprévision) pour finalement faire application du principe d'exécution de bonne foi des conventions et de la théorie de l'abus de droit pour réduire le loyer de moitié : « Exiger le paiement intégral du loyer durant la période de fermeture imposée par le gouvernement provoquerait un déséquilibre radical dans l'économie du contrat, au désavantage du locataire, et constituerait donc aux yeux du tribunal un abus de droit » ;

— J.P. Bruxelles, 9 novembre 2020²⁰³ : le juge écarte la force majeure invoquée par le preneur mais se dit « mal à l'aise » eu égard aux conséquences de la pandémie à laquelle les deux parties sont étrangères : « (...) Il ne nous semble pas approprié d'accuser un débiteur à la ruine et à cesser toute activité tout en perdant le bénéfice de son fonds de commerce afin de permettre au bailleur de bénéficier de tous les avantages du contrat (...) en poursuivant l'exécution du contrat tel que conclu initialement, ce malgré le bouleversement de son économie contractuelle à la suite de circonstances nouvelles imprévisibles, nous estimons que la s.a. X., recherche un avantage hors de proportion avec la charge corrélatrice de l'autre partie (...) En d'autres termes, en continuant à imposer l'exécution d'un contrat dont l'économie est radicalement déséquilibrée et qui préjudicie grandement la s.a. Y., nous estimons que la s.a. X. commet un abus de droit (...) Il échet donc de réduire ce droit à son exercice normal mais surtout d'en atténuer les conséquences en trouvant un équilibre entre les intérêts divergents des parties ». En l'occurrence le juge accordera une réduction de 50% du loyer sur une période de deux mois ;

cassation du 16 décembre 1982 (*Pas.*, 1983, I, 472) et voir P. WÉRY, *ibidem*, n° 116.

¹⁹⁰ N. VANDERSTAPPEN, « Le rôle du juge et les rapports de force juridiques dans le monde de l'après Covid-19. Un glissement vers le "raisonnable" ? », *op. cit.*, n° 23.

¹⁹¹ P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, *op. cit.*, n° 473.

¹⁹² P. ANCEL, *ibidem*, n° 476.

¹⁹³ P. ANCEL, *ibidem*, n° 700.

¹⁹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 458. Ou encore ce principe connaît-il une seconde jeunesse : Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 475.

¹⁹⁵ Disposition toujours en vigueur à l'identique dans les droits belge et luxembourgeois.

¹⁹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibidem*, n° 459.

¹⁹⁷ Voir l'index de l'ouvrage de Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibidem*.

¹⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibidem*, n° 121.

¹⁹⁹ Voir les exemples fournis par Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *ibidem*, n° 475.

²⁰⁰ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *ibidem*. Nous avons toutefois constaté, *supra* n° 13, que la jurisprudence n'a pas tiré parti de cet enseignement dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision à propos de la présente crise sanitaire mais que, par contre, il est arrivé à des juges belges de s'inscrire dans une telle démarche.

²⁰¹ M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *op. cit.*, p. 266 (potentiel de la notion d'abus de droit fondée sur l'exécution de bonne foi des conventions dans des hypothèses d'imprévision rencontrées lorsque les lieux loués ne font pas ou plus l'objet d'une fermeture imposée, voy. *supra* n° 13) et p. 271 (s'exprimant à propos de clauses contractuelles qui interdiraient au preneur de suspendre le paiement du loyer dans des hypothèses qui autrement lui permettraient d'invoquer la théorie des risques ou l'effet suspensif de la force majeure : « Ici aussi, nous en revenons à nos propos concernant un éventuel abus de droit dans le chef du bailleur. Cette question de l'abus de droit se poserait manifestement avec (beaucoup de) pertinence si les locaux loués sont totalement inaccessibles mais que le bailleur exige, sur la base d'une telle clause, la poursuite pleine et entière du paiement des sommes dues aux termes du bail, avec le risque de ruine du locataire »).

²⁰² *Juridische panoplie bij pandemie?*, *op. cit.*, p. 34, analysée par N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, p. 49.

²⁰³ *J.L.M.B.*, 2021/1, p. 35, décision envisagée par N. BERNARD, *ibidem*.

— J.P. Bruges, 28 mai 2020²⁰⁴ : réduction des 3/4 du montant du loyer accordée sur une période de deux mois pour un commerce de confiserie pourtant resté ouvert mais qui avait subi une lourde chute de son chiffre d'affaires (réduit à un quart de son niveau habituel) du fait des circonstances (commerce situé dans une zone touristique désertée du fait de la pandémie) accordée sur la base de l'exécution de bonne foi des conventions. Le loyer avait été fixé à l'origine sur la base du chiffre d'affaires réalisé en temps normal pour un commerce de ce genre²⁰⁵ mais cela n'empêche pas un auteur de critiquer cette décision dans la mesure où calquer la réduction du loyer sur les revenus résiduels revient à reporter sur les seules épaules du bailleur les effets négatifs de la pandémie²⁰⁶. En règle générale, on peut en effet considérer que le loyer constitue la contrepartie de la jouissance des lieux loués et non du chiffre d'affaires réalisé²⁰⁷ ;

— J.P. Huy, 19 octobre 2020²⁰⁸ : décision envisagée *supra* n° 5 où l'abus de droit n'a pas en l'occurrence été retenu et les loyers retenus ont été déclarés dus conformément aux clauses du bail ;

— J.P. Anvers, 10 juillet 2020²⁰⁹ : le fait pour le bailleur de réclamer le paiement du loyer n'est pas un abus de droit mais refuser d'ouvrir une « marge de négociation » avec le preneur l'est.

En France, comme rappelé ci-dessus, c'est le principe de la bonne foi qui est au centre de l'attention dans un nombre conséquent d'affaires²¹⁰. Ainsi que l'énonce P. Jacquot : « (à) travers le prisme constant de la bonne foi, le juge tente manifestement d'inciter les parties à transiger, hors des prétoires (...) D'une manière générale et c'est sans doute le plus grand enseignement que laissait préfigurer le premier jugement rendu en la matière²¹¹, le juge examine avant tout la bonne foi respective des parties avec ce même motif repris dans de nombreuses décisions : "les parties sont tenues de vérifier si les circonstances exceptionnelles ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives". Cette solution s'inscrit dans le courant jurisprudentiel de la bonne foi dans l'exécution contractuelle »²¹². Quelques exemples où il apparaît que l'argument de la bonne foi a pu être exploité tant par le bailleur que par le locataire :

— T.J. Paris, 10 juillet 2020 (précité) : le preneur rencontrait des difficultés pour payer ses loyers. Le bailleur avait fait de nombreux efforts pour trouver une solution tandis que le preneur n'avait fait aucun effort pour en trouver une. Le bailleur avait proposé un report des loyers, alors que le preneur faisait preuve de mauvaise volonté en exigeant un effacement rétroactif des loyers. Les juges ont considéré que, « selon l'article 1134 devenu 1104 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi, ce dont il résulte que les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution (...) ». Le bailleur qui a fait des propositions d'aménagement du paiement des loyers échus durant la période dite juridiquement protégée, tandis que le locataire n'a fait aucune proposition en retour, a exécuté de bonne foi ses obligations et il peut être fait droit à sa demande de paiement intégral »²¹³ ;

²⁰⁴ *Juridische panoplie bij pandemie?*, *op. cit.*, p. 29, commentée par N. BERNARD, *ibidem*, p. 50.

²⁰⁵ M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *op. cit.*, p. 208.

²⁰⁶ N. BERNARD, *ibidem*.

²⁰⁷ Voir en ce sens la décision du J.P. Luxembourg du 21 janvier 2021, *supra* n° 8.

²⁰⁸ *J.L.M.B.*, 2021/1, pp. 27-29.

²⁰⁹ *Juridische panoplie bij pandemie?*, *op. cit.*, p. 52, décision relevée par N. BERNARD, *ibidem*, p. 52.

²¹⁰ Une quinzaine sur les 43 recensées par P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*

²¹¹ Il s'agit de T.J. Paris, 10 juillet 2020, n° 20/04516, décision envisagée ci-après.

²¹² P. JACQUOT, *ibidem*, pp. 99 et 107. Voir également F. KENDERIAN et J. MONEGER, « Chronique : Baux commerciaux – Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 22 : les locataires pourraient se tourner vers le droit spécial des baux (article 1722 du Code civil) mais « la voie la plus adaptée reste encore celle de la négociation, sous l'égide de la bonne foi ».

²¹³ Décision commentée notamment par R. BOFFA et M. MEKKI, « Droit des contrats », *D.*, 2021, *op. cit.*, p. 313. On observera qu'en l'occurrence le preneur n'avait invoqué à son profit ni la force majeure ni la théorie des risques mais soutenait ne pas devoir payer les loyers en se basant sur une disposition réglementaire qui n'avait manifestement pas cet effet. Voir également le commentaire approfondi de F. KENDERIAN et J. MONEGER, *ibidem*, n° 2-11 : les auteurs relèvent que la bonne foi en tant que fondant une obligation de renégocier en présence de circonstances exceptionnelles relève du « solidarisme contractuel ».

— où le recours au principe de bonne foi permet de pallier la non-rétention d'une force majeure : T. com. Paris, 11 décembre 2020, n° 2020035120²¹⁴ et T.J. Paris, 26 octobre 2020, n° 20/55901²¹⁵ ;

— Limoges, 31 juillet 2020²¹⁶ : le bailleur d'une discothèque n'a pas agi conformément aux exigences de la bonne foi en exigeant le paiement immédiat du loyer et des charges conformément aux dispositions contractuelles sans proposer d'aménagement²¹⁷ ;

— T.J. Paris, 21 janvier 2021, n° 20/55750²¹⁸ : « Selon l'article 1104 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi, ce dont il résulte que les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives.

L'exception d'inexécution soulevée par la preneuse de ses obligations issues du bail doit être étudiée à la lumière de l'obligation pour les parties de négocier de bonne foi les modalités d'exécution de leur contrat en présence des circonstances précitées, et non à la lumière du respect par le bailleur de son obligation de délivrance, qui ne fait pas ici de doute puisque le local était opérationnel, ouvert au public, et que l'activité prévue au bail pouvait s'y dérouler » ;

— Riom, 2 mars 2021, n° 20/01418²¹⁹ : « En application de l'article 1103 du Code civil, ledit contrat de bail tient lieu de loi entre les parties et l'article 1104 du Code civil dispose que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, ce dont il résulte que les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives (...) la SCIHDL, baille-resse, n'avait pas exigé le paiement immédiat du loyer dans les conditions prévues au contrat (paiement mensuel et à terme d'avance le 1^{er} de chaque mois), mais dans son courrier en date du 17 avril 2020 avait proposé "de reporter des loyers non réglés pendant la période de confinement (à savoir avril et à *fortiori* mai 2020) et de mettre en place à la fin du confinement un échelonnement pour le règlement desdits loyers jusqu'à la fin de l'année en cours". La baille-resse avait donc exécuté de bonne foi ses obligations au regard des circonstances ».

Ce recours intensif au principe de bonne foi, encourageant la renégociation sous son égide, s'il est considéré par certains comme « la voie à privilégier » au nom du « solidarisme contractuel »²²⁰, n'est toutefois pas sans susciter la critique. Ainsi P. Jacquot y voit un potentiel d'aléa et d'insécurité juridique reposant sur une appréciation subjective du juge²²¹. D'autres estiment le remède stérile lorsque les deux parties apparaissent d'égale bonne foi²²².

Au Luxembourg, par contre, les arguments fondés sur la bonne foi et l'abus de droit, s'ils furent invoqués dans les prétoires n'y recueillirent

²¹⁴ Commenté par R. BOFFA et M. MEKKI, *ibidem*. Dans cette espèce le juge rejeta notamment la force majeure et l'imprévision et estima les loyers comme étant dus en examinant l'affaire sous l'angle du principe de bonne foi : « Le Bailleur justifie avoir dès le 9 juin 2020 proposé [au Preneur] l'étalement des loyers pour la période du 14 mars au 10 mai 2020, proposition à laquelle il n'a pas été donné suite ; il en ressort que le [Preneur] échoue à démontrer sa bonne foi et qu'un trouble manifestement illicite est constaté, qu'il convient de faire cesser ».

²¹⁵ Commenté par R. BOFFA et M. MEKKI, *ibidem*. Dans cette affaire le tribunal « a estimé que le moyen tiré de la force majeure est inopérant car il s'agit d'une obligation de somme d'argent. En revanche, il a considéré que le moyen tiré de l'exception d'inexécution devait "être étudié à la lumière de l'obligation pour les parties de négocier de bonne foi". Le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris relève que le secteur d'activité du preneur a été fortement perturbé par le confinement et les restrictions de déplacement et ajoute que le preneur justifiait par des échanges de courriers s'être rapproché de son bailleur pour tenter de trouver une solution amiable. Le juge des référés en déduit que la demande de paiement des loyers pendant cette période est sérieusement contestable et invite le bailleur à saisir le juge du fond ».

²¹⁶ Commenté par F. KENDERIAN et J. MONEGER, *ibidem*, n° 12.

²¹⁷ Voir également T.J. Limoges, 16 septembre 2020, décision brièvement analysée en ligne : <https://cms.law.fr/fr/news-information/bail-commercial-et-cas-de-force-majeure>

²¹⁸ En ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/document/tj-paris-ref-21-janv-2021-n-2055750>

²¹⁹ Décision précitée (*supra* note 28). Cette décision aborde également les questions de la force majeure dans le chef du preneur (non) et du manquement à l'obligation de délivrance en vertu de l'article 1719 du Code civil (non).

²²⁰ F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 34, faisant observer qu'avant la réforme de 2016 une jurisprudence de la Cour de cassation remontant aux années 90 avait déjà consacré une obligation de renégociation du contrat devenu déséquilibré.

²²¹ P. JACQUOT, *ibidem*, p. 107.

²²² A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 330.

aucun succès²²³, et ce en contraste notable avec la relative fortune des argumentations de ce type en Belgique et en France, comme nous venons de l'observer. À cet égard on pourrait estimer que les juges luxembourgeois, dans leur réticence à recourir à des principes à forte connotation casuistique et à ce titre suspectés d'être porteurs d'insécurité juridique, demeurent dans une certaine mesure prisonniers d'une logique binaire les amenant tantôt à donner intégralement raison au preneur (surtout dans les premiers temps) soit à opérer un virage à 180 degrés pour renverser la vapeur en faveur du bailleur (décision du 30 mars 2021 envisagée *supra* n° 10) ce qui, remarquons-le, est pourtant également générateur d'un sentiment d'insécurité juridique.

Conclusion

18. **Hard cases make bad law ?** — Aux États-Unis la célèbre maxime « hard cases make bad law », remontant aux XIX^e siècle, traduit la crainte que dans des espèces « of particular hardship » les juges n'en viennent à développer des solutions certes adaptées aux espèces concernées mais impropres à être généralisées ensuite²²⁴. La pandémie de Covid-19 et surtout ses conséquences en termes de mesures sanitaires restrictives est certainement génératrice de « cases of particular hardship » pour les parties engagées dans le cadre d'un bail commercial vu qu'il s'agit d'une situation inédite en nos contrées, du moins pour la génération actuellement en vie²²⁵. À vrai dire on se situe toutefois au-delà du simple « hard case » car celui-ci s'est multiplié au même moment et à une telle échelle que l'on peut considérer que l'intérêt général est en jeu. Par conséquent une solution générale qui consacrerait de manière certaine la « victoire » d'une partie, preneur ou bailleur, sur l'autre a de quoi donner le vertige à n'importe quel juge en charge de l'une des multiples affaires qui se sont présentées et se développent encore dans ce contexte. Un auteur a ainsi fait observer qu'il apparaîtrait contraire à l'équité de faire supporter l'intégralité des risques inhérents à la situation par l'une des parties, et ce alors qu'aucune d'entre elles n'en est à l'origine et dé-

²²³ Voir J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021 (également envisagée *supra* n° 8) : « La bonne foi peut servir à sanctionner l'abus d'une prérogative contractuelle mais elle ne permet pas au juge de porter atteinte à la substance même des droits et obligations ». Par conséquent ce principe n'oblige pas le bailleur de renégocier le prix du loyer pour la période postérieure aux mesures de confinement ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 204/21 (également commenté *supra*, n° 8) : « La bonne foi peut servir à sanctionner l'abus d'une prérogative contractuelle, mais elle ne permet pas au juge de porter atteinte à la substance même des droits et obligations ».

» S'il est vrai que le bailleur doit faciliter à son locataire l'exécution de ses obligations en lui procurant toute la collaboration nécessaire, il n'a cependant aucune obligation de renégocier sur le principe de la bonne foi, la sollicitation du preneur n'ayant aucun caractère contraignant.

» En l'espèce, il ne saurait être retenu que la Brasserie X. ait abusé de sa position économique et ait ainsi violé le principe de bonne foi, respectivement ait commis un abus de droit en réclamant aux locataires le paiement d'arriérés de loyers pour une période où certes la poursuite de leurs activités commerciales s'avère plus difficile en raison des contraintes imposées par le gouvernement, mais pour laquelle aucune perte de jouissance n'existe dans leur chef.

Il s'ensuit que l'argumentaire des parties défenderesses relatif au principe de bonne foi pour s'opposer au paiement des loyers et des charges, respectivement pour en obtenir une réduction ne saurait être retenu ».

Comp. ces décisions notamment avec J.P. Anvers, 10 juillet 2020, ci-dessus.

²²⁴ Cette maxime a fait couler l'encre par torrents aux USA. Voir par exemple F. SCHAUER, « Do cases make bad law ? », 73 *U.Ch.L.Rev.* 883-918 (2006), en ligne : <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5372&context=uclrev>

²²⁵ L'épidémie dite de « grippe espagnole » (1918-1920) avait entraîné l'imposition de mesures sanitaires parfois similaires à celles que nous connaissons aujourd'hui mais de manière bien plus disparate et il n'y a pas eu de confinement généralisé : voir A. CONDOMINES, « Y avait-il eu des mesures de confinement pendant la grippe espagnole de 1918 ? », *Libération*, 13 mai 2020 (en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/2020/05/15/y-avait-il-eu-des-mesures-de-confinement-pendant-la-grippe-espagnole-de-1918_1788258/) ; N. STROCHLICH et R.D. CHAMPINE, « Comment ces villes ont inversé la courbe de la grippe espagnole en 1918 », *National Geographic*, 27 mars 2020 (pour la version en langue anglaise de l'article), en ligne : <https://www.nationalgeographic.fr/histoire/2020/03/comment-ces-villes-ont-inverse-la-courbe-de-la-grippe-espagnole-en-1918> ; F. VINEY, « La gestion de l'épidémie de grippe espagnole (1918-1919) : préfets et municipalités en première ligne », *Revue française d'administration publique*, 2020/4, pp. 857-873 (« les pouvoirs locaux hésitent à prendre des mesures coercitives qui mettraient en danger la vie économique et le moral du pays éprouvé par quatre ans de guerre. Face à la méconnaissance de la maladie, au contexte de guerre et au manque de moyens et de coordination, les mesures sont tardives, mal appliquées et inefficaces. Elles ne permettent pas d'endiguer l'épidémie »), en ligne : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2020-4-page-857.html>

fend par conséquent un mécanisme de résolution fondé sur la bonne foi en sa fonction modératrice qui l'amène à considérer, comme nous l'avons vu (*supra* n° 16), qu'un preneur qui refuserait de payer une partie de loyer alors même que son activité serait totalement à l'arrêt commettrait un abus de droit et, inversement, un bailleur qui réclamerait la totalité du loyer alors que le preneur se trouve en difficulté se comporterait de manière tout aussi abusive²²⁶. À l'appui de cette opinion, l'auteur évoque la note de A. De Bersaques publiée sous le célèbre arrêt belge en matière de théorie des risques (Cass., 27 juin 1946, analysé *supra* n° 7). L'auteur s'y exprimait en ces termes²²⁷ :

« Le contrat est l'instrument le plus efficace de la solidarité sociale, puisqu'il sert à réaliser les échanges de biens et de services, qui sont à la base de toute communauté humaine.

» Il est, dès lors, conforme à l'intérêt général de favoriser le plus possible la formation des contrats en allégeant les risques qu'ils comportent et en assurant notamment les parties que, si un cas de force majeure vient entraver leur exécution, la perte qui en résultera ne pèsera pas tout entière sur un seul des contractants, mais sera répartie entre eux.

» Nous avons vu (...) que la commune intention des parties, la bonne foi et l'équité exigeaient le constant équilibre des prestations nées du contrat synallagmatique. Lors donc qu'un cas fortuit vient empêcher l'exécution d'un des engagements et rompre ainsi cet équilibre, il importe de le rétablir en partageant entre les deux contractants la perte née de ce cas fortuit ».

Dans la suite de sa note, A. De Bersaques se réfère, pour illustrer sa pensée, à une législation de 1940 :

« Le législateur a consacré ce principe dans l'article 10 de la loi du 22 mars 1940. Il conste, en effet, des travaux préparatoires que lorsque les circonstances économiques, résultant de la mobilisation, infligeaient au preneur un trouble grave de jouissance, il pouvait réclamer une diminution de loyer, qui n'était pas proportionnelle à la gravité de ce trouble, puisque lui-même était tenu d'en supporter les conséquences à concurrence de 15 p.c. Si donc le juge estimait que la crise économique avait réduit de 30 p.c. la jouissance utile du locataire, le prix du bail était diminué non de 30 p.c., mais de 15 p.c. seulement, chacune des parties devant subir les effets de la force majeure ».

Ces considérations amènent A. De Bersaques à désapprouver le caractère radical de la solution épousée par la Cour de cassation dans l'arrêt annoté :

« Nous croyons que dans l'espèce qui fait l'objet de l'arrêt annoté, ce partage des pertes aurait fourni une solution plus équitable que la résolution du contrat prononcée par le juge du fond. Nous avons dit ci-dessus pourquoi nous estimons que le bail aurait simplement dû être suspendu. Mais il n'était pas équitable de faire peser sur les seuls bailleurs les suites dommageables de ce fait du prince en les privant de tout loyer quelconque pendant la durée de suspension du contrat.

» Il aurait été juste, croyons-nous, que la preneuse supportât la moitié de cette perte, en versant la moitié du loyer, puisqu'elle avait un intérêt évident à ne pas voir dissoudre le bail ».

Et l'auteur de saluer de la jurisprudence des juges du fond en ce sens et d'estimer qu'une telle solution est conforme au texte de l'article 1722 dans la mesure où lorsque ce texte évoque une perte partielle, il n'impose pas une diminution du prix qui soit proportionnelle à la perte de jouissance éprouvée. Et l'auteur de conclure qu'une telle interprétation de l'article 1722 est conforme aux articles 1135²²⁸ et 1156²²⁹ du Code civil, c'est-à-dire à la conception de l'époque de l'équité et de la commune intention des parties.

La modernité des propos eu égard à la jurisprudence que nous venons d'évoquer est frappante : d'une part, nous avons vu (*supra* n° 8)

²²⁶ N. VANDERSTAPPEN, « Le rôle du juge et les rapports de force juridiques dans le monde de l'après Covid-19 – Un glissement vers le "raisonnable" ? », *op. cit.*, p. 964.

²²⁷ A. DE BERSAQUES, note sous Cass., 27 juin 1946, *R.C.J.B.*, 1947 pp. 274-290 (accessible en ligne : <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/rcjb>) et spéc. nos 10-13, pp. 284-287.

²²⁸ Article 1135 des Codes civils belge et luxembourgeois : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Depuis 2016, la disposition équivalente en France est l'article 1194 du Code civil, lequel dispose que : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

²²⁹ Article 1156 des Codes civils belge et luxembourgeois : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

qu'à l'encontre de la logique *a priori* binaire de la théorie des risques, des juges, approuvés par la doctrine, ont effectivement modulé son application sans toutefois aller jusqu'à une véritable mutualisation mais en tentant de coller au plus près de la perte de jouissance réellement éprouvée par le preneur lorsque la perte de jouissance n'est pas totale.

Par ailleurs la logique de mutualisation préconisée par A. De Bersaques se retrouve bel et bien à l'œuvre dans les décisions ayant appliqué le principe de bonne foi et la notion d'abus de droit contractuel (*supra* n° 17) mais ce au prix d'une casuistique générant un sentiment d'insécurité juridique.

Ainsi le revers de la « médaille » solidariste ne serait-il pas une impression de « cacophonie » qui s'est ressentie jusque dans la presse grand public²³⁰ ? Il est vrai qu'au terme de cet examen du traitement de la question du paiement du loyer commercial dans le contexte de la pandémie de Covid-19, aucun consensus ne semble pouvoir être dégagé quant aux fondements juridiques à mettre en œuvre²³¹ même si nous avons cru percevoir que certains (théorie des risques²³², principe de bonne foi/prohibition de l'abus de droit²³³) semblent recueillir plus de succès que d'autres. En outre, si les toutes premières décisions ont peut-être pu donner l'impression d'un sentiment de sympathie un peu plus appuyé pour le preneur, il semble finalement que les juridictions s'efforcent de ne pas favoriser une partie sur l'autre et que même un « rééquilibrage » en faveur du bailleur semble se faire jour dans les décisions les plus récentes, particulièrement en France et au Luxembourg. Du côté belge manquent encore néanmoins des décisions rendues au degré d'appel pour que l'on puisse se faire une idée d'ensemble véritablement fiable de l'orientation adoptée. De l'ensemble disparate des décisions rendues il transparaît que, d'une part, la suspension du paiement du loyer n'est pas automatiquement octroyée lorsque le commerce a été fermé et que, d'autre part, le locataire qui a pu ouvrir son commerce durant une période de confinement n'a pas été automatiquement condamné à payer l'intégralité de son loyer²³⁴. Une multitude d'éléments ont ainsi été pris en compte par les juges, notamment²³⁵ :

- la possibilité pour le locataire d'utiliser les lieux à d'autres fins que l'utilisation normale des lieux (certaines décisions en ont tenu compte au détriment du preneur, d'autres pas en insistant sur la destination prévue au contrat de bail²³⁶) ;
- la solidité financière respective des parties ;
- la décision prise par le preneur de mettre fin à ses activités avant la survenance de la crise (il ne pourra alors invoquer la force majeure pour appuyer une demande de résiliation du bail) ou encore le fait que le preneur ait un historique antérieur de non-paiement de son loyer (le juge sera alors peu enclin à le laisser prendre prétexte de la crise sanitaire pour échapper à ses obligations sauf durant une période de confinement strict) ;
- la possibilité laissée au preneur de poursuivre des activités, le cas échéant par des méthodes de ventes différentes ;

Depuis 2016, la disposition équivalente en France est l'article 1188 du Code civil, lequel prévoit que : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

» Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

²³⁰ Ph. COULÉE, « La cacophonie juridique plane autour du paiement des loyers commerciaux », *L'Echo*, 19 novembre 2020, en ligne : <https://www.lecho.be/entreprises/immobilier/la-cacophonie-juridique-plane-autour-du-paiement-des-loyers-commerciaux/10266342.html>

²³¹ En ce sens en Belgique : M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *op. cit.*, p. 207.

²³² En Belgique et au Luxembourg.

²³³ En France et en Belgique.

²³⁴ M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, *ibidem*

²³⁵ Pour une liste plus détaillée, cons. M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, *ibidem*, pp. 207-208.

²³⁶ On pourrait également songer à mettre en évidence que la destination de l'immeuble à accueillir du public s'avère en quelque sorte consubstantielle au contrat de bail commercial. Ainsi l'article 1^{er} de la loi belge relative aux baux commerciaux (en ligne : https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1951043003&la=F) dispose que : « Tombent sous l'application de la présente section les baux d'immeubles ou de parties d'immeubles qui, soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance du preneur, soit de l'accord exprès des parties en cours du bail, sont affectés principalement par le preneur ou par un sous-locataire à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public » (souligné par nous).

- l'existence d'un loyer variable en fonction du chiffre d'affaires ;
- la situation géographique du commerce ou son appartenance à un secteur (touristique) particulièrement touché par la crise sanitaire ;
- Etc.

On peut aussi faire observer que l'existence des aides au profit de l'une ou l'autre des parties, que vous avons évoquées (*supra* nos 1, 5 et 9), contribue encore à complexifier le tableau d'ensemble²³⁷.

La conclusion ultime à laquelle aboutissent la plupart des observateurs est que le juge tente d'encourager les parties à trouver un accord en dehors des prétoires²³⁸, à défaut de quoi il statuera soit dans le sens d'un partage des risques, ce qui semble être la voie préférentiellement mais pas exclusivement suivie en France ou en Belgique, soit en s'inscrivant dans une démarche plus binaire (raison donnée au preneur ou au bailleur, au gré des affaires), comme cela semble davantage être le cas dans les décisions luxembourgeoises que nous avons pu consulter encore que le nombre manque sans doute pour se faire une idée plus définitive de l'attitude des juridictions luxembourgeoises. À défaut de la « voie royale » que constitue l'accord des parties, parfois illusoire dans un contexte aussi tendu, l'action des juges de paix dans leur rôle de « conciliateur naturel » a été saluée en Belgique²³⁹. Leur rôle positif, au-delà de la technicité des principes juridiques et par le maniement de concepts souples ou flexibles tels l'abus de droit et la bonne foi, en vue d'opérer un rééquilibrage des obligations des parties et une répartition optimale des risques en des circonstances socio-économiques sortant de l'ordinaire est également applaudie²⁴⁰. Nul doute en tout cas que l'imagination contractuelle trouvera à se déployer à l'avenir pour la rédaction de clauses aménageant les effets de la force majeure ou autre de clauses de hardship ou encore anti-hardship, selon les intérêts qui trouveront à s'imposer dans la relation contractuelle. D'autres questions seront alors susceptibles de se poser sous l'angle de la réglementation des clauses abusives dans les relations entre professionnels²⁴¹ mais ceci est une autre histoire...

Isabelle CORBISIER

Professeure ordinaire, Université du Luxembourg

Au vu du caractère évolutif de la matière, l'auteure tient à préciser que la recherche pour cet article a été clôturée à la fin du mois de mars 2021.

²³⁷ Ainsi G. TEBOUL (« La force majeure et la crise du coronavirus : une application ou une évolution ? », *op. cit.*) a-t-il souligné un effet pervers des aides gouvernementales, à savoir une forme d'attentisme peu propice à un dénouement rapide de la situation au bénéfice des deux parties : « D'une manière générale, les textes qui ont été promulgués encouragent une réaction de "saupoudrage" qui est préjudiciable à la solution pérenne des difficultés. En effet, le dirigeant de l'entreprise en difficulté a tendance à régler les questions séparément avec des solutions différenciées et sans cadre juridique sécurisé. On observe actuellement des entreprises qui, pendant la crise, ont demandé des prêts garantis par l'État (PGE) qu'elles ont obtenus ou non selon la qualité de leur relation antérieure avec leur banque et de leur bilan.

» Parallèlement, elles auront demandé des reports de charges aux créanciers étatiques et les auront obtenus en général sans difficulté. Elles auront demandé à leur bailleur d'attendre, ce qu'il aura sans doute fait dans un premier temps. Les grandes sociétés foncières ont souffert de la crise car elles ont dû faire face à un non-paiement assez important des loyers qui leur étaient dus, obtenant de leur banque une certaine patience, mais il n'est pas certain que des loyers impayés avec des locataires en grande difficulté puissent être capables de réamorcer une activité suivie à la fin de la crise.

» Par ailleurs, les textes pris par l'État pendant le confinement et notamment les ordonnances des 27 mars et 20 mai 2020 ont favorisé un climat d'attentisme qui n'est jamais bon dans un contexte où l'anticipation est indispensable. Certes, l'État n'en est pas coupable car il est normal d'avoir prorogé des délais au moment même où les tribunaux étaient contraints de fermer. Cependant, l'effet pervers de ces mesures a été d'inciter les dirigeants d'entreprises à attendre plusieurs mois ».

²³⁸ P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*, p. 99.

²³⁹ M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, *ibidem*, p. 205.

²⁴⁰ N. VANDERSTAPPEN, « Le rôle du juge et les rapports de force juridiques dans le monde de l'après Covid-19 – Un glissement vers le "raisonnable" ? », *op. cit.*, p. 965.

²⁴¹ En droit français on aura plus particulièrement égard à l'article 1171 (déjà évoqué *supra* n° 13) si le contrat de bail peut être qualifié de « contrat d'adhésion » au sens de l'article 1110 du Code civil. La question de l'abus de dépendance (ou violence économique) visé à l'article 1143 du Code civil pourra aussi se poser. Enfin la question d'une éventuelle application de l'article L. 442-1, I du Code de commerce relatif aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels pourra être abordée. En droit luxembourgeois on pourra avoir égard à l'article 1118 du Code civil relatif à la lésion qualifiée. Enfin en droit belge une réglementation relative aux clauses abusives dans les contrats entre entreprises (b2b) est récemment entrée en vigueur (voir les articles VI.91/3 et s. du Code de droit économique) et voir R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (Première partie) », *J.T.*, 2020, pp. 273-285 et 301-316.