

Inventaire avant sortie de crise !

Muriel Bouchet – Julie Boyer – Christel Chatelain – Louis Chauvel
Narimène Dahmani – Vincent Hein – Georges Heinrich
Sylvain Hoffmann – François Koulischer – Jean-Paul Olinger
Antoine Paccoud – Sidonie Paris – Pauline Perray
André Prüm – Michel-Edouard Ruben – Céline Schall
Alain Steichen – Thi Thu Huyen Tran

Juin 2021

Faut-il compter sur la théorie de l'imprévision pour réviser les relations contractuelles dont l'économie est brisée par la pandémie de la Covid-19 ?

André Prüm, avec le concours de Julie Boyer

La propagation de la COVID-19 bouleverse, depuis plus d'un an, nos vies et nos relations. Ses conséquences économiques sont profondes pour de nombreux acteurs. Bien qu'une pandémie de ce genre ne fût en soi pas inconcevable, elle nous a pris par surprise, comme l'ont également les mesures de confinement et les restrictions à la liberté de se déplacer qui nous sont imposées, avec une sévérité variable, depuis des mois.

Cette situation anormale a déjoué l'attente des parties de nombreuses relations contractuelles, qui n'ont pas pu se dérouler comme il était prévu. Certains contrats n'ont tout simplement pas pu être exécutés. La fermeture de l'espace aérien ayant entraîné l'annulation de nombreuses réservations de vols en est un exemple. Pour d'autres contrats dont l'exécution n'est pas impossible, leur économie ne se trouve pas moins affectée par les circonstances exceptionnelles. Ainsi, de nombreux locataires de baux commerciaux se sont retrouvés dans l'impossibilité d'assurer le paiement de loyers dus, du fait de la baisse de leur activité commerciale⁷⁰. Certains prestataires de services ont

⁷⁰ I. Corbisier, "An II de la pandémie de covid-19 – Un point comparatif sur les tribulations du paiement du loyer dans le

vu leurs charges augmentées par la nécessité de mettre en place des mesures d'hygiène strictes afin de poursuivre leur activité, les mettant ainsi en difficulté financière auprès de leurs fournisseurs.

Le droit permet-il de répondre à ces situations, offre-t-il une « arme » à ceux qui sont frappés par la pandémie ⁷¹?

Le système du code Napoléon qui continue à gouverner le droit civil luxembourgeois reste marqué par le principe selon lequel les parties à un contrat sont liées par les termes de celui-ci. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », dit l'article 1134 du Code civil pour traduire la maxime latine *Pacta sunt servanda*. La règle est fondée sur le dogme de la liberté individuelle. Celui qui s'engage contractuellement à effectuer une prestation ou à donner une chose doit tenir sa promesse quoi qu'il arrive. Il ne peut pas s'en décharger en se prévalant d'un obstacle qui rend l'accomplissement de cette promesse impossible ou excessivement onéreuse. À défaut, les contrats n'offriraient à leurs cocontractants plus aucune sécurité. Or le droit a pour fonction d'assurer aux parties à un contrat cette sécurité en leur permettant de se fier à ce qui a été convenu.

cadre d'un bail commercial (Luxembourg, Belgique et France) : cacophonie, solidarisme ou pragmatisme ?", J.T.L., 2021/2 ; S. Regnault, "Covid et bail commercial", AJ Contrat, 2020/1, p. 193.

⁷¹ M. Mekki, "De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?", AJ Contrat, 2020, p. 164.

Certes, les parties ont pu prévoir l'avènement de circonstances exceptionnelles et insérer dans leur convention des mécanismes pour y faire face. De telles clauses dites de *hardship* sont fréquentes dans les contrats internationaux surtout ceux qui se déroulent sur une certaine durée. Typiquement, les parties conviennent qu'elles se remettent dans un tel cas autour de la table pour négocier d'une solution. Mais les contrats ordinaires ne contiennent pas de telles clauses de *hardship* de sorte que la partie qui est victime de l'évènement qui l'empêche de tenir sa promesse ou pour laquelle le contrat devient économiquement insupportable n'a d'autre recours que les solutions du droit commun.

Dans un système comme celui de notre Code civil celles-ci n'ouvrent toutefois que des perspectives étroites. Trois règles peuvent a priori être mobilisées : la reconnaissance de la force majeure, le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats et la théorie dite de l'imprévision⁷².

Qu'une partie à un contrat ne puisse être tenue responsable de l'inexécution par elle de ses engagements ou de leur réalisation tardive parce qu'elle en a été littéralement empêchée à la suite d'un cas de force majeure constitue une règle admise universellement. Mais une telle exonération suppose des circonstances vraiment exceptionnelles puisqu'elle requiert que

⁷² J. Heinich, "L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision", *D.*, 2020, p. 611 ; L. Vogel, J. Vogel, "Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19", *AJ Contrat*, 2020/1, p. 275.

l'évènement en question réponde cumulativement à trois conditions : il doit avoir été imprévisible pour tout un chacun, irrésistible pour celui qui s'en prévaut et totalement extérieur à sa volonté comme à son comportement⁷³. On peut d'abord s'interroger si la pandémie que nous traversons était en soi vraiment imprévisible⁷⁴. La dernière grande épidémie du syndrome respiratoire aigu sévère n'est pas ancienne et le risque de telles épidémies s'intensifie⁷⁵. Mais possiblement, la pandémie actuelle n'était pas vraiment prévisible quant à son étendue et ses conséquences. Ensuite, l'invocation de la force majeure sert seulement à exonérer une partie contractuelle de sa responsabilité lorsque sa prestation se trouve être totalement empêchée⁷⁶. Souvent ce n'est pas le cas. L'équilibre économique du contrat se trouve brisé, mais les prestations ne deviennent pas matériellement impossibles.

⁷³ Code civil, Lux., art. 1148; P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, *Approche comparative*, Bruxelles, Larcier, 2015, §789

⁷⁴ Les tribunaux se montrent traditionnellement réticents à admettre qu'une épidémie (telle celles du H1N1, Ebola, le chikungunya et la dengue) remplit les conditions d'un cas de force majeure. voir R. Zadié, "L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux", *AJ Contrat*, 2020, p. 176. En France, la Cour d'appel de Douai s'est montrée plus accueillante à propos de la COVID-19 (Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395 ; Douai, 5 mars 2020, n° 20/00400 ; Douai, 5 mars 2020, n° 20/00401)

⁷⁵ Jones K E, Patel N G, Levy M A, Storeygard A, Balk D., and others. 2008. "Global Trends in Emerging Infectious Diseases." *Nature* 451 (7181): 990-93

⁷⁶ O. Poelmans, "L'impact du Covid-19 sur le droit des contrats", Conférence Saint-Yves "L'impact du Covid-19 sur le droit luxembourgeois", 1^{er} déc. 2020, p. 5.

L'exigence que les contrats doivent être exécutés de bonne foi n'offrira en soi guère de protection à la partie contractuelle qui se trouve être victime d'une rupture de l'économie du contrat. Telle que la comprennent les tribunaux luxembourgeois, elle sert essentiellement à imposer aux parties un comportement loyal, un esprit de collaboration pour faciliter la réalisation du contrat. Le fait d'exiger de l'autre partie l'exécution des prestations promises, quoiqu'elles s'avèrent sensiblement plus onéreuses pour cette dernière que ce qui avait été envisagé, constitue un droit dont il est difficile d'imaginer un usage abusif et contraire au principe de bonne foi⁷⁷.

Reste la « théorie » ou règle de l'imprévision⁷⁸. L'idée est de permettre au juge de réviser un contrat à la demande d'une des parties lorsque par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de la conclusion du contrat, l'exécution de celui-ci devient pour l'une des parties tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner ou en tout cas de lui causer un préjudice grave. Le Code Napoléon est resté imperméable à cette idée, comme d'ailleurs plus largement à l'ingérence d'un juge dans l'accord des parties. Méfiant vis-à-vis des juges, Napoléon souhaitait qu'ils se tiennent à appliquer la loi à la lettre et non

⁷⁷ O. Poelmans, « L'abus de droit en droit luxembourgeois », D.A.O.R., 2019/3, n°131, p. 125 et sv.

⁷⁸ P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Approche comparative*, op. cit., §482 et sv. ; D. Spielmann, "Chapitre 4. La théorie de l'imprévision. Rapport luxembourgeois", in *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, P. Ancel, A. Prüm (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 445, spéc. §1.

d'accomplir une sorte d'office de justicier ou de médiateur. Au Luxembourg, comme en France⁷⁹ ou en Belgique⁸⁰, la jurisprudence est restée largement fidèle à cette conception du rôle restreint du juge⁸¹. D'autres pays d'Europe ne sont pas marqués par cette méfiance des juges. Ainsi, pour s'en tenir aux exemples les plus anciens, le Bürgerliches Gesetzbuch allemand ou le Codice civile italien consacrent depuis plus d'un siècle une règle d'imprévision permettant au juge de réviser un contrat dans une telle situation exceptionnelle⁸². La théorie s'est imposée aussi dans plusieurs instruments internationaux, comme la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise ou les principes UNIDROIT des contrats internationaux ou les principes du droit des contrats européens⁸³.

La situation est cependant en train d'évoluer en France comme en Belgique. L'introduction dans le Code civil français d'une règle d'imprévision

⁷⁹ Cass. fr. civ., 6 mars 1876, "Canal de Craponne", in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédé (dir.), 2015, 13^{ème} éd., n°165.

⁸⁰ Cass. be., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 65.

⁸¹ D. Philippe, "La théorie de l'imprévision. Etudes de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale", Ann. Dr. Lux., 2015, p. 43, spéc. p. 46.

⁸² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §313 ; Codice Civile, art. 1467 ; ou encore en droit anglais *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696, p. 729.

⁸³ *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 1980, art. 79 (tel qu'interprété par la doctrine) ; Institut international pour l'unification du droit privé, *Principe d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, arts 6.2.1 à 6.2.3.

constitue l'un des changements majeurs introduits par la réforme du droit des obligations de 2016, que les auteurs prennent pour une véritable rupture avec les solutions d'avant⁸⁴. En Belgique, les tribunaux ont commencé à pallier l'absence de règle dans le Code civil par un usage plus étendu de l'exigence de bonne foi⁸⁵ et une sanction plus stricte des abus de droit⁸⁶. Dans des espèces relatives aux difficultés liées à la pandémie, le refus d'accorder au débiteur une "marge de négociation" a ainsi pu être considéré comme illégitime⁸⁷. De même, des loyers dus dans le cadre d'un bail commercial ont été réduits de moitié au motif que la réclamation de leur montant intégral était abusive⁸⁸. Le projet de réforme du Code civil belge doit emboîter le pas à la réforme en France en consacrant à son tour une règle d'imprévision⁸⁹. Bien qu'elle n'ait pas encore été adoptée, certains juges se sont sentis

⁸⁴ Voir le nouvel article 1195 C.civ. fr. ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2018, 2^{ème} éd, p. 436.

⁸⁵ Voir par exemple Cass. be., 19 juin 2009, RG n° C.07.0289.N.

⁸⁶ Voir par exemple Cass. be., 14 oct. 2010, R.G. n° 09.0608.F.

⁸⁷ J.P., Anvers, 10 juillet 2020, cité par N. Bernard, "Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19", J.L.M.B., 2021/1, p. 39.

⁸⁸ J.P., Bruxelles, 1^{er} canton, 19 nov. 2020, J.L.M.B., 2021/1, p. 35

⁸⁹ Ministère de la Justice (Belgique), Proposition de loi portant insertion du livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil, Doc. Parl., Ch. repr., sess. 2018-2029, n° 3709, art. 5. 74 Changement de circonstances.

encouragés à anticiper la nouvelle règle dans leur pratique⁹⁰.

Faut-il s'attendre à ce que le Luxembourg suive à plus ou moins brève échéance ce mouvement⁹¹? Les juridictions luxembourgeoises se distancent peu à peu du rejet de principe auquel elles étaient longtemps attachées. Ainsi, dans un arrêt du 15 décembre 2010, la Cour d'appel de Luxembourg retient l'idée d'un « bouleversement de l'économie du contrat » dont elle juge cependant qu'il n'était pas prouvé dans l'espèce dont elle a eu à connaître. La Cour de cassation dans une décision du 24 octobre 2013 admet, au moins implicitement, que des juges du fond pourraient appliquer la théorie⁹². Tout récemment, le tribunal de paix de Luxembourg l'évoque de façon explicite à propos de la crise de la COVID-19 comme mécanisme susceptible de justifier la révision d'un contrat⁹³.

Le recours à la théorie de l'imprévision ne sera cependant vraiment possible que si le législateur

⁹⁰ I. Corbisier, "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 ?", art. préc., §13.

⁹¹ P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Approche comparative, op. cit., §482 et sv.; D. Spielmann, "Chapitre 4. La théorie de l'imprévision. Rapport luxembourgeois", in *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, op. cit., spéc. §1 ; D. Philippe, "La théorie de l'imprévision. Etudes de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale", art. préc., p. 46.

⁹² Cass. lux., 24 oct. 2013, n° 64/13, Pas. Lux., 36, p. 393, note P. Ancel.

⁹³ Trib. paix Lux., 14 janv. 2021, Rép. Fisc. n° 124/2021.

luxembourgeois se décide à son tour d'introduire une règle spécifique dans notre Code civil. La décision sera d'abord politique puisqu'elle implique d'introduire une brèche au principe sacro-saint de la force obligatoire du contrat⁹⁴. Elle requiert ensuite une série de choix techniques puisque la règle peut prendre des formes différentes en donnant au juge un pouvoir de révision plus ou moins intrusif⁹⁵. La protection des parties contractuelles faibles plaide pour reconnaître au juge le droit d'adapter le contrat voire d'y mettre un terme dès lors que l'une des parties le lui demande et que bien entendu les circonstances exceptionnelles d'une révision sont remplies. La sécurité des transactions juridiques entre des parties averties exige de leur laisser la possibilité d'exclure conventionnellement une révision judiciaire pour définir, le cas échéant, leur propre mécanisme d'adaptation de leur contrat⁹⁶.

En fin de compte, il faut se garder encore de placer de faux espoirs dans la consécration d'une règle

⁹⁴ P. Ancel, " Chapitre 4. La théorie de l'imprécision. Rapport introductif", in *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, op. cit., p. 437, spéc. §1 ; J. Cartwright, Ancel, " Chapitre 4. La théorie de l'imprécision. Rapport anglais", in *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, op. cit., p. 499, spéc. §1.

⁹⁵ P. Ancel, A. Prüm (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 435 et s..

⁹⁶ L. Vogel, J. Vogel, "Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19", art. préc., p. 275 ; M. Mekki, "De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?", art. préc., p. 164.

d'imprévision. Même dans les pays où elle est admise, elle ne constitue pas un remède absolu aux bouleversements que peuvent subir des relations contractuelles dans une situation de pandémie, comme nous l'enseignent les décisions rendues dans nos pays voisins⁹⁷. Un esprit d'entraide et de solidarité entre acteurs règle souvent mieux de telles situations que le recours au juge.

⁹⁷ M. Mekki, "De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?", art. préc., p. 164 ; P. Jacquot, "La covid, le loyer et le juge", AJDI, 2021, p. 99 citant Réf. Trib. Com. Paris, 11 déc. 2020, n° 2020035120.