

CABINET DE CURIOSITÉS POUR UN JURISTE PASSIONNÉ

Liber Amicorum Denis Philippe

Volume 2

Sous la coordination de Grégory Minne et Alain Strowel



 LORCIER

 UCLouvain

 CRIDES
Centre de recherche Interdisciplinaire
Droit, Entreprise et Société

Illustration de couverture du peintre Alix Philippe.

CABINET DE CURIOSITÉS POUR UN JURISTE PASSIONNÉ

de Philippe Lefebvre et Alain Strouel

1^{er} tome

2017, 124 p.

Cet ouvrage est paru chez

Larcier, 139/6 rue Haute, 1000 Bruxelles

www.larcier.com

030 21 11 11

030 21 11 11



Pour toute information sur nos fonds et nos nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez nos sites web via www.larcier.com.

© Lefebvre Sarrut Belgium SA, 2022
Éditions Larcier
Rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

ISSN : 2032-9865

Dépôt légal 2022/0031/157

ISBN : 978-2-8079-3251-7

VOL

CABINET DE C
UN JURISTE

Covid-19 et imprévision à l'aune de la problématique du paiement du loyer commercial : confirmation des enseignements formulés il y a plus de 35 ans par le Prof. Denis Philippe dans sa thèse de doctorat

Isabelle CORBISIER

Professeure ordinaire, Université du Luxembourg

1. Chacun se souvient de la publication, en 1986, de la thèse magistrale du Prof. D. Philippe relative à la théorie de l'imprévision. Intitulée *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*¹, elle est probablement à ce jour la plus impressionnante sur ce thème publiée en français. En effet, il importe de souligner sa dimension de droit comparé² à une époque où les ressources informatiques étaient quasiment inexistantes et son multilinguisme juridique alors assez rare chez un francophone. Il s'agit aussi d'en rappeler les conclusions générales dont nous allons nous attacher à démontrer le caractère profondément actuel sur la base d'un exemple concret : le sort du loyer commercial ballotté au gré des vagues de la Covid-19, dont l'épopée est tout d'abord relatée dans les lignes qui suivent.

2. En mai 2021, nous avons eu l'occasion de publier un article faisant le point sur la question sur la base d'une analyse comparative des

¹ Bruxelles, Bruylant, 1986, dont le texte intégral est disponible sous ce lien : <https://bib.uclouvain.be/rbib/collectie/archieven/boeken/philippe-changementdecirconstances-1986.pdf>.

n.d.r. : tous les liens cités dans cet article ont fait l'objet d'un accès le 12 mai 2022.

² Y sont abordés les droits français, belge, allemand, anglais, italien, néerlandais et suisse.

nce et au Luxembourg³. On se taires, mais aussi des bailleurs taire de la Covid-19 du fait des en vue de contrer le dévelop- ainsi créée n'a pas manqué de ont varié des fermetures tempo- ment des débuts) à des restric- des heures plus précoces qu'à ore de personnes autorisées à se n, restrictions quant à la nature ur suivie, etc.) entrecoupées de le au gré des vagues successives raison des situations et activités ou pas développer une activité sage par internet (« take away » services en mode distanciel tan- cessibles au public, demeureraient aire qui disposait toujours de la es ou de profiter de la période ovations aptes à lui permettre de s tous les cas, les locataires ont lieux loués tandis que les bail- ne de cette situation et confron- des loyers, voyaient se tarir une vitale pour certains d'entre eux investi leurs économies dans des els le loyer constitue un complé- on, les États ont souvent instauré rmes qui ont bénéficié aux loca- s.

ici en détail l'analyse des divers qués tant par les locataires que par l'obligation de payer le loyer, pour de voir cette obligation maintenue

vid-19 – Un point comparatif sur les tribu- un bail commercial (Luxembourg, Belgique tisme ? », *JTL*, n° 74, mai 2021, pp. 33-43 (47395) et n° 75, juin 2021, pp. 69-78 (7540).

pour les seconds. Nous renvoyons ici à notre étude et aux nombreuses analyses publiées sur ce thème⁴.

4 Voy. notamment :

– en droit belge : S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », in B. LOUVEAUX, H. PREUMONT et Z. TRUSGNACH (dir.), *Le bail dans tous ses états*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 297-331 ; G. DE CRAYENCOUR, « La jouissance paisible du locataire... au temps du Covid-19 », 9 avril 2020, en ligne : https://www.relaw.be/images/La_jouissance_paisible_au_temps_du_Covid-19.pdf ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *JT*, 2020, pp. 265-272 ; F. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *JT*, 2020, pp. 326-329 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie ? », *RDC/TBH*, 2020, pp. 246-278 ; 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" ? », *RDC/TBH*, 2020, pp. 953-965 ; N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », obs., *JMB*, 2021, pp. 39-53 ; M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *JT*, 2021, pp. 205-208 ;

– en droit français : J.-P. BLATTER, « Le bail, le covid-19 et le schizophrène – Propos à bâtons rompus », *AJDI*, 2020, pp. 245-249 ; A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *AJDI*, 2020, pp. 326-341 ; G. TEBOUL, « La force majeure et la crise du coronavirus : une application ou une évolution ? », *Dalloz actualité* en ligne, 8 septembre 2020 : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/force-majeure-et-crise-du-coronavirus-une-application-ou-une-evolution#.YF3A0q9A7Zs> ; F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *RTD com.*, 2020, pp. 265 et s. ; F. KENDÉRIAN et J. MONÉGER, « Chronique : Baux commerciaux – Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la covid-19 », *RTD Com.*, 2020, pp. 783-790 ; J.-D. BARBIER, « Le sort du loyer commercial face à la pandémie », *Gaz. Pal.*, n° 15, 21 avril 2020, pp. 17 et s. ; C. VÉROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *Dalloz actualité* en ligne, 9 juin 2020 : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/l-impact-du-covid-19-sur-contrats-de-droit-prive#.YFRmeK9A7Zt> ; J.-D. BARBIER, « Coronavirus : la résiliation du bail par le locataire », *AJDI*, 2020, pp. 341-342 ; C. TOMASI-SERRE, « Covid 19 et paiement des loyers commerciaux premières décisions de justice », *Village de la Justice*, 19 novembre 2020, en ligne : <https://www.village-justice.com/articles/covid-paiement-des-loyers-commerciaux-premieres-decisions-justice,37185.html> ; N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *D*, 2020, pp. 887-888 ; J.-D. BARBIER, « Le déconfinement du bail commercial », *Gaz. Pal.*, n° 24, 30 juin 2020, pp. 54 et s. ; A. LEBORGNE, « État d'urgence sanitaire et voies d'exécution : le cadre légal », *Les voies d'exécution : bilan de la crise Covid-19 et perspectives*, *Gaz. Pal.*, n° 38, 3 novembre 2020, pp. 71 et s. ; H. BARBIER, « La notion de force majeure à l'épreuve des crises sanitaires, informatiques et politiques », *RTD civ.*, 2020, pp. 623-627 ; S. DWERNICKI, « Covid-19 : quel avenir pour la force obligatoire du contrat ? », *Les petites affiches*, n° 260, 2020, pp. 9 et s. ; J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D*, 2020, pp. 611-617 ; G. MAIRE, « Le contrat et l'après covid-19 », *RLDC*, n° 185, 1^{er} octobre 2020 ; R. BOFFA et M. MEKKI, « Droit des contrats », *D*, 2021, pp. 310-324 ; P. JACQUOT, « La covid, le loyer et le juge », *AJDI*, 2021, pp. 99-107 ; J. MONÉGER, « Pandémie et bail commercial : l'article 1719 du Code civil peut-il ouvrir la décharge du loyer dû ? », *Dalloz actualité* en ligne, 1^{er} 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#.YG0lOHljZs> ; J.-P. BLATTER, « Pandémie de covid-19 : absence d'obligation du bailleur de garantir la chalandise et la stabilité du cadre contractuel », *AJDI*, 2021, pp. 310 et s.

– en droit luxembourgeois : notre étude (précitée) ; F. MAZEAUD & H. DE RON, « Les impacts de l'état de crise sanitaire sur les baux commerciaux », *Revue luxembourgeoise de droit immobilière*, n° 7/2020, p. 35, et « Ille acte : les impacts de la crise sanitaire sur les baux commerciaux

On rappellera simplement que :

– la force majeure a été invoquée, d'une part par le locataire en vue d'obtenir la suspension de son obligation de payer le loyer et par le bailleur en vue d'obtenir la suspension de son obligation de procurer la jouissance paisible des lieux loués (art. 1719 et 1728 du Code civil) ;

– la théorie des risques (application de l'adage *res perit debitori*, appliquée ici à un contrat synallagmatique et ayant donc pour conséquence que le débiteur, d'une obligation éteinte ou suspendue en raison de la survenance d'un cas de force majeure – situation du bailleur –, ne peut obtenir de son cocontractant – le locataire – qu'il s'acquitte de son obligation dont l'exécution est toujours possible), a également été appelée à la rescousse du locataire, soit seule soit en son illustration tirée de l'art. 1722 du Code civil en vue de lui permettre d'échapper à son obligation de payer le loyer ;

– l'exception d'inexécution a également été considérée ;

Mais aussi et il s'agit des deux points sur lesquels nous entendons nous focaliser ici :

– la théorie de l'imprévision et

– le principe de l'exécution de bonne foi et l'abus de droit en matière contractuelle.

Ces deux dernières solutions présentant dès l'abord l'avantage d'inviter à la formulation de solutions nuancées, à savoir une modération plutôt qu'un anéantissement de l'obligation du locataire de payer son loyer, solution apparaissant plus adaptée face à la complexité de la situation à laquelle les parties étaient confrontées.

4. Depuis la publication de notre étude l'an dernier, la jurisprudence a évolué spécialement au Luxembourg où les juges, très attachés au principe de la convention-loi, avaient d'abord pris position essentiellement en faveur du bailleur⁵ pour, ensuite, sous l'influence très probable des développements qui s'étaient fait jour dans la doctrine et la jurisprudence

et les dernières tendances jurisprudentielles », *Revue luxembourgeoise de droit immobilier*, n° 8-9/2021, p. 29 ; L. DIMMER, « Le Bail et la Covid – retour sur les jugements rendus en la matière », *JurisNews – Droit de la construction et immobilier*, vol. 13, n° 2-3/2021, pp. 345-352 ; B. GUITTET, « Bail commercial et crise de Covid-19 – braderie sur le loyer ? Développements jurisprudentiels au Luxembourg, en France et en Belgique », *DA/OR*, 2021/4, n° 140, p. 3 ; A. WAISSE, « Bail commercial et covid-19 : la réduction du loyer au nom du solidarisme contractuel », *JurisNews – Droit des obligations et contrats spéciaux*, vol. 6, n° 4/2021, pp. 119-124.

5 Voy. notre étude, précitée, n° 6 : la première décision luxembourgeoise auquel un certain écho fut conféré (J.P. Luxembourg, 29 juillet 2020, n° 2051/20) avait en effet permis au bailleur d'invoquer la force majeure afin d'obtenir la suspension de son obligation d'assurer la jouissance paisible des lieux loués durant la période de confinement strict (avril-mai 2020) tandis que l'obligation du locataire de payer son loyer avait été maintenue. Cette décision est toutefois demeurée isolée.

Belges, recourir d'abord à la théorie de renverser totalement la situation binaire du « tout ou rien » des décisions les plus récentes adoptées en vertu du principe de l'exécution de bonne foi et de la prohibition de l'abus de droit⁷, de ces décisions de réduction du loyer et de ces restrictions alors en vigueur. On a également écarté au passage la théorie de la force majeure, il est vrai, l'objet d'une décision par laquelle les juges écartent l'application de la limite positive luxembourgeoise en matière de réduction de loyer mise en œuvre ne serait pas remplie.

5. La tendance majoritaire de la jurisprudence, aujourd'hui d'avoir recours au principe de l'art. 1134, al. 3 du Code civil belge et à son corollaire, la prohibition de l'abus de droit (en Belgique), pour dégager de manière prépondérante de maintenir à la fois les intérêts des parties et de préserver à la fois les intérêts des parties, tant acte de ce qu'aucune des parties ne puisse être atteinte par les mesures sanitaires prises dans le contexte de la Covid-19⁹. Cette cour de cassation a pu susciter la critique comme por

On notera que la jurisprudence luxembourgeoise est accessible via ce site : <https://justice.public.lu/fr/etats/juridictions-judiciaires> et, pour l'ensemble des décisions relatives au bail commercial covid-19 en guise de référence, voir notre étude, précitée, n° 7-11.

7 Voy. notre étude, précitée, n° 16-17 et les commentaires belge et français (le droit belge relatif à la fonction modératrice de la bonne foi ; le droit français mais, *in fine*, on y aboutit à un droit de renégocier les termes du contrat fondé sur la théorie de la force majeure (fin mars 2021), la jurisprudence de la Cour de cassation (n° 17 de notre étude) semblait fixée sur la solution d'un avantage d'une solution « tout » (pour l'ensemble) à partir du mois de mai-juin 2021 que la jurisprudence d'appel (des décisions de la justice de paix) signalée au texte se fera jour. Nous y reviendrons plus loin.

8 Voy. plus spécialement Trib. arr. Lutzerath, 10 mars 2021, n° 162. Voy. également Trib. arr. Lutzerath, 10 mars 2021, n° 18-19.

9 Voy. notre étude, précitée, n° 17 pour une comparaison tant en Belgique qu'en France.

part par le locataire en vue de payer le loyer et par le bailleur l'obligation de procurer la jouissance (art. 1728 du Code civil) ; l'adage *res perit debitori*, appliquée donc pour conséquence que le locataire en raison de la survenance d'un événement –, ne peut obtenir de son bailleur la décharge de son obligation dont l'exécution a été appelée à la rescousse du locataire (art. 1722 du Code civil en matière d'obligation de payer le loyer ; cette obligation a été considérée ; sur lesquels nous entendons nous

de bonne foi et l'abus de droit en matière de loyer. Dès l'abord l'avantage d'inviabilité des mesures, à savoir une modération pluri-annuelle du locataire de payer son loyer, due à la complexité de la situation. En outre, l'étude l'an dernier, la jurisprudence a vu où les juges, très attachés au principe de la bonne foi, ont pris position essentiellement sous l'influence très probable des décisions dans la doctrine et la jurisprudence

Revue luxembourgeoise de droit immobilier, 2021, n° 1 – retour sur les jugements rendus en la matière, *Revue de droit immobilier*, vol. 13, n° 2-3/2021, pp. 345-352 ; 2021 – braderie sur le loyer ? Développements en Belgique », *DA/OR*, 2021/4, n° 140, p. 3 ; 2021 – la suspension du loyer au nom du solidarisme contractuel », *Revue de droit immobilier*, vol. 6, n° 4/2021, pp. 119-124. La dernière décision luxembourgeoise auquel un arrêt du 15 juillet 2020, n° 2051/20 avait en effet permis d'obtenir la suspension de son obligation de payer le loyer pendant la période de confinement strict (arrêté de confinement) avait été maintenue. Cette

franco-belges, recourir d'abord à la théorie des risques, présentant le désavantage de renverser totalement la situation en faveur du locataire selon une logique binaire du « tout ou rien »⁶, pour aboutir finalement à ce que les décisions les plus récentes adoptent une approche nuancée sur la base du principe de l'exécution de bonne foi (art. 1134, al. 3 du Code civil) et la prohibition de l'abus de droit⁷, débouchant dans la plupart des cas sur des décisions de réduction du loyer très calibrées en fonction des époques et des restrictions alors en vigueur. Ce faisant, les juges luxembourgeois ont également écarté au passage la théorie de l'imprévision⁸ qui ne fait pas encore, il est vrai, l'objet d'une disposition légale au Luxembourg mais dont les juges écartent l'application comme si le concept faisait déjà partie du droit positif luxembourgeois en arguant que l'une de ses conditions de mise en œuvre ne serait pas remplie. Nous y reviendrons (*infra*, n° 8).

5. La tendance majoritaire de la jurisprudence franco-belge est, en effet, aujourd'hui d'avoir recours au principe de l'exécution de bonne foi (art. 1134, al. 3 du Code civil belge et art. 1104 du Code civil français) et à son corollaire, la prohibition de l'abus de droit (plus spécialement en Belgique), pour dégager de manière prétorienne des solutions permettant de préserver à la fois les intérêts du locataire et du bailleur, prenant acte de ce qu'aucune des parties n'a été responsable de la situation créée par les mesures sanitaires prises par les pouvoirs publics dans le contexte de la Covid-19⁹. Cette convergence franco-belge, même si elle a pu susciter la critique comme portant atteinte à la sécurité juridique et

On notera que la jurisprudence luxembourgeoise non publiée par ailleurs est largement accessible via ce site : <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence.html> (faire une recherche via l'onglet « Juridictions judiciaires » et, pour la question qui retient ici notre attention, introduire « bail commercial covid » en guise de termes de recherche).

6 Voy. notre étude, précitée, n° 7-11.

7 Voy. notre étude, précitée, n° 16-17 pour la mise en œuvre de ce principe dans les droits belge et français (le droit belge reliant étroitement la prohibition de l'abus de droit à la fonction modératrice de la bonne foi ; ce lien n'est pas fait de manière aussi directe en droit français mais, *in fine*, on y aboutit à un résultat convergent sur la base d'une obligation de renégocier les termes du contrat fondée sur la bonne foi). À l'époque où cette étude était rédigée (fin mars 2021), la jurisprudence luxembourgeoise, à une exception près (voy. n° 17 de notre étude) semblait fixée sur la mise en œuvre de la théorie des risques, avec le désavantage d'une solution « tout » (pour le locataire) « ou rien » (pour le bailleur). C'est à partir du mois de mai-juin 2021 que la jurisprudence luxembourgeoise, plus spécialement en appel (des décisions de la justice de paix devant le tribunal d'arrondissement), que l'évolution signalée au texte se fera jour. Nous y revenons ci-après.

8 Voy. plus spécialement Trib. arr. Luxembourg, 28 juin 2021, *JTL*, 2021, pp. 159-163 et Trib. arr. Luxembourg, 30 novembre 2021, n° TAL 2021-01379 *in fine*, pp. 18-19.

9 Voy. notre étude, précitée, n° 17 pour l'analyse des décisions jurisprudentielles en ce sens en Belgique qu'en France.

plus particulièrement au principe de la convention-loi¹⁰, s'est donc énoncée, au cours de la seconde partie de l'année 2021, d'une convergence luxembourgeoise. En effet, depuis mai-juin 2021, un revirement spectaculaire s'est fait jour entre, d'une part, les décisions des justices de paix hostiles à la mise en œuvre de ce principe sur la base de considérations liées bien sûr liées à la préservation de la sécurité juridique et du principe de la convention-loi¹¹, et les jugements rendus en appel par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui a multiplié les décisions articulées autour de la mise en œuvre du principe de l'exécution de bonne foi et de la prohibition de l'abus de droit. Évoquons une illustration, à savoir la décision du 28 juin 2021 du tribunal d'arrondissement de

10 P. JACQUOT, *op. cit.*, p. 107 (l'auteur craignant une insécurité ou aléa juridique du fait de l'interférence des appréciations subjectives du juge). Voy. également A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 330 (les auteurs considérant que le remède ne peut être d'aucune utilité lorsque les deux parties apparaissent d'égale bonne foi). Voy. également, au Luxembourg, L. DIMMER (« Le Bail et la Covid – retour sur les jugements rendus en la matière », *op. cit.*, n° 5, p. 351) qui estime que la réduction des loyers opérée par le juge constitue une solution trop absolue tout en reconnaissant toutefois au passage qu'il s'agisse néanmoins du remède principal : « Cependant, les juges vont [...] très loin en imposant, non seulement une obligation de (re)négocier de bonne foi le contrat, mais une véritable obligation de consentir une réduction de loyer [...] Une telle affirmation est, à notre sens, trop péremptoire, étant donné que les réductions de loyer ne sont pas nécessairement le seul moyen [bien que le principal dans les faits] pour le bailleur de se montrer compréhensif vis-à-vis de son locataire [des délais de paiement ou d'autres arrangements devraient aussi être pris en considération notamment] ». Voy. également A. WAZER (« Bail commercial et covid-19 : la réduction du loyer au nom du solidarisme contractuel », *op. cit.*, n° 14) qui reprend l'exposé de la critique à laquelle s'expose le « solidarisme contractuel » au regard tant de la sécurité juridique que du principe de la convention-loi.

11 Voy. J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021 (n° 124/21) : « 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 à renégocier le prix du loyer pour la période postérieure aux mesures de confinement ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 204/21 : « 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 ».

luxembourgeois¹² où le juge s'exprime en faveur de la bonne foi des conventions contractuelles et s'oppose à l'abus de droit commis par le titulaire, usant de son pouvoir dans la convention, en retirant la charge corrélative de l'autre partie (Cass. com. fr., 3 novembre 1999, n° C. 09.0624.F). L'abus de droit commis de la sorte dépasse les limites d'une personne prudente et diligente.

En principe, le bailleur ne commet pas d'abus de droit en refusant de payer le loyer complet.

L'exécution de bonne foi du contrat ne peut imposer au créancier de faire preuve de respect de ses droits.

Une partie qui refuse obstinément de négocier de bonne foi manque à son obligation de bonne foi (Cass. com. fr., 3 novembre 1999).

Pour apprécier s'il y a violation de la convention-loi, il faut d'abord constater un abus de droit, l'appréciation de l'abus de droit se fait exclusivement sur le comportement du bailleur, s'agissant de l'obligation de bonne foi. En cas de violation, il convient d'analyser si le comportement du bailleur est en conformité avec les exigences de la bonne foi et de la convention-loi.

Au vu du désaccord entre parties, le bailleur n'est pas tenu de respecter de chacune des parties, respectivement de l'obligation de bonne foi, respectivement de l'obligation de bonne foi.

Au vu du décompte versé, il est évident que le bailleur n'est pas tenu de payer le loyer convenu ou du moins de verser les aides étatiques, des sommes relatives au décompte du bailleur afin d'éviter un abus de droit.

Les parties s'accordent pour dire que le contrat est nul et sans effet, respectivement nul et sans effet.

Malheureusement, un tel accord n'est pas suffisant pour que le contrat soit nul et sans effet.

En continuant à imposer l'exécution de bonne foi, le comportement du bailleur est un abus de droit.

12 Trib. arr. Luxembourg, 28 juin 2021.

Luxembourg¹² où le juge s'exprime en ces termes : « Le principe d'exécution de bonne foi des conventions consacré à l'article 1134 du Code civil interdit [...] à une personne d'abuser des droits que lui confère celui-ci. Il y a abus lorsque le titulaire, usant dans son seul intérêt d'un droit qu'il puise dans la convention, en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie (voy. Cass. belge, 19 décembre 1983, RG, n° C. 09.0624.F). L'abus de droit suppose ainsi l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.

En principe, le bailleur ne commet pas d'abus de droit en exigeant le paiement du loyer complet.

L'exécution de bonne foi du contrat peut, cependant, aller jusqu'à imposer au créancier de faire preuve de modération dans l'exigence du respect de ses droits.

Une partie qui refuse obstinément de réviser un contrat devenu déséquilibré manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat (voy. Cass. com. fr., 3 novembre 1992, Bull. 92, IV, n° 338).

Pour apprécier s'il y a violation de l'exécution de bonne foi, respectivement un abus de droit, l'appréciation ne doit cependant pas être unilatérale, axée exclusivement sur le comportement du créancier, en l'espèce le bailleur, s'agissant de l'obligation du paiement du loyer. Pour déceler une telle violation, il convient d'analyser à partir des faits, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence tant le comportement du créancier que celui du débiteur.

Au vu du désaccord entre parties, il convient d'analyser le comportement respectif de chacune des parties pour rechercher, s'il y a, le cas échéant, manquement à l'exécution de bonne foi ou abus de droit dans le chef du bailleur, respectivement du locataire [...].

Au vu du décompte versé, il est ainsi établi que les locataires ont tenté de payer le loyer convenu ou du moins une partie du loyer. Dès réception des aides étatiques, des sommes relativement importantes ont été virées sur le compte du bailleur afin d'éviter un accroissement des arriérés de loyers.

Les parties s'accordent pour dire qu'elles ont tenté de trouver un arrangement amiable.

Malheureusement, un tel accord n'aurait pas pu être trouvé [...].

En continuant à imposer l'exécution d'un contrat dont l'économie est radicalement déséquilibrée, il y a un déséquilibre manifeste : à cause du comportement du bailleur un déséquilibre se crée qui procure un avantage

¹² Trib. arr. Luxembourg, 28 juin 2021, *JTL*, 2021, pp. 159-163 et spéc. pp. 162-163.

pour le bailleur de percevoir le loyer au désavantage pour la société appelante du payer.

La revendication actuelle du bailleur a pour effet de rendre la position de la locataire particulièrement pénible si elle doit assumer seule toutes les conséquences économiques de la situation. Les locataires étranglés par la situation économique sont en passe de perdre les bénéfices qu'ils pourraient tirer de leur activité et de leur emploi [...]. Cette situation n'étant pas imputable ni au bailleur ni au locataire, il ne peut être fait droit à cette demande qui démontre que le bailleur n'exécute pas de bonne foi son contrat car il se montre aveugle à la situation de son contractant.

Dans ces conditions, le principe d'exécution de bonne foi des conventions doit amener le bailleur à consentir une réduction de loyer, de sorte que les conséquences dommageables de la situation exceptionnelle ne soient pas uniquement supportées par un des cocontractants ».

En l'occurrence le tribunal octroya des réductions variables de loyer en fonction des périodes considérées et au vu de l'examen de l'ensemble des circonstances (fait que locataire a tenté de payer au moins une partie du loyer, tentative de trouver un accord qui a échoué, aides perçues par le bailleur, etc.).

Plusieurs autres décisions vont dans le même sens, adoptant se faisant une motivation identique¹³.

6. Et la théorie de l'imprévision dans tout cela ? À première vue, la pandémie et son cortège de restrictions paraissent se prêter à une application de la théorie de l'imprévision. En effet, 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) 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

13 Trib. arr. Luxembourg, 12 juillet 2021, No. TAL-2021-02935 et TAL-2021-03029 ; Trib. arr. Luxembourg, 13 juillet 2021, No. TAL-2021-01938 ; Trib. arr. Luxembourg, 16 novembre 2021, n° TAL-2020-04497 du rôle ; Trib. arr. Luxembourg, 30 novembre 2021, n° TAL 2021-01379 du rôle ; Trib. arr. Luxembourg, 8 décembre 2021, No. TAL-2021-03756. Comp. Trib. arr. Luxembourg, 22 décembre 2021, No. TAL-2021-06976, où le juge formule toujours les mêmes considérations au regard du principe de l'exécution de bonne foi mais refuse la réduction de loyers sollicitée par le locataire et confirme la décision de résiliation du bail au regard des circonstances de la cause qui établissent le manque de bonne foi plutôt dans le chef du locataire ; Trib. arr. Luxembourg, 16 février 2022, n° TAL-2021-07917 du rôle où le juge constate que les deux parties ont été de bonne foi pour aboutir à une réduction des loyers dus limitée à 25%.

renégocier les termes du contrat affe
intervention du juge pour adapter le

7. On sait qu'à l'occasion de la
contrats¹⁵, la France, après y avoir e
une évolution à vrai dire annoncée
tant temps¹⁷, en introduisant dans le
consacrant cette théorie et surtout s

14 Au sujet de la théorie de l'imprévision
de PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Le
arr. cit., n° 530-540 ; P. WÉRY, *Droit des oblig*
Ph. WALAURE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK,
Ph. WALAURE, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit*
POMPE DE TEN BROECK, « Een pandemie als c
arr. cit., p. 250 (mettant l'accent sur la différen
c. difficulté d'exécution considérable).

15 Réforme introduite par l'ordonnance n
du droit des contrats, du régime général et
février 2016, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr>

16 On fait évidemment allusion ici à l'
« Caponne » (Cass. civ. 6 mars 1876 in H. CAP
arr. cit., t. 2 par F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CH
jurisdiction rejeta l'idée de révision du contr
antérieures auparavant et devenue totalement ina

17 Pour un rappel des évolutions en la m
bourgeois, cons. P. ANCEL, *Contrats et obligat*
approche comparative, coll. de la Faculté de l
de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2015, n°
droit français, un arrêt du 29 juin 2010 de
legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022430
Code civil, avait censuré un arrêt de cour d'a
circonstances économiques n'avait pas eu p
l'engagement souscrit, la Cour admettant ain
cause faire disparaître la cause d'une oblig
tion ». Cet arrêt est toutefois demeuré isolé.

18 Art. 1195 du Code civil français : « Si
lors de la conclusion du contrat rend l'exéc
qui n'avait pas accepté d'en assumer le risqu
contrat à son cocontractant. Elle continue à e

En cas de refus ou d'échec de la renégoc
lation du contrat, à la date et aux conditi
commun accord au juge de procéder à son
raisonnable, le juge peut, à la demande d'un
date et aux conditions qu'il fixe ».

19 Voy. C. SIGNAT, « Rapport français (th
(dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse*
la Faculté de Droit, d'Économie et de Fina
Larcier, 2020, pp. 449-466 ; N. DISSAUX et CH

renégocier les termes du contrat affectés par ce bouleversement voire une intervention du juge pour adapter le contrat¹⁴.

7. On sait qu'à l'occasion de la réforme de 2016 de son droit des contrats¹⁵, la France, après y avoir été longtemps défavorable¹⁶, a opéré une (r)évolution à vrai dire annoncée par la jurisprudence depuis un certain temps¹⁷, en introduisant dans le Code civil français un article 1195¹⁸ consacrant cette théorie et surtout ses conditions d'application¹⁹. Vu que

¹⁴ Au sujet de la théorie de l'imprévision, cons., outre la thèse, précitée, de D. PHILIPPE, DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1 par P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, nos 530-540 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, nos 580-589-1 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., nos 758-764 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 15^e éd., nos 539-545 ; M. DE PORTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie ? », *op. cit.*, p. 250 (mettant l'accent sur la différence entre force majeure et imprévision : impossibilité c. difficulté d'exécution considérable).

¹⁵ Réforme introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n° 0035, 11 février 2016, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2016/02/11/0035>.

¹⁶ 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. CHÉNÉDÉ, 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 inadaptée).

¹⁷ 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*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2015, nos 482-491. L'auteur envisage notamment, en droit français, un arrêt du 29 juin 2010 de la Cour de cassation (en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022430481/>) qui, sous le visa de l'art. 1131 ancien du Code civil, avait censuré un arrêt de cour d'appel qui n'avait pas recherché si l'évolution des circonstances économiques n'avait pas eu pour effet de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit, la Cour admettant ainsi « qu'une circonstance extérieure aux parties puisse faire disparaître la cause d'une obligation et dispenser le débiteur de cette exécution ». Cet arrêt est toutefois demeuré isolé.

¹⁸ Art. 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 ».

¹⁹ Voy. 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*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 449-466 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles*

savantage pour la société appe-
pour effet de rendre la position
elle doit assumer seule toutes
tion. Les locataires étranglés par
perdre les bénéfices qu'ils pour-
plois [...]. Cette situation n'étant
e, il ne peut être fait droit à cette
n'exécute pas de bonne foi son
tion de son contractant.
tution de bonne foi des conven-
une réduction de loyer, de sorte
e la situation exceptionnelle ne
n des cocontractants ».
s réductions variables de loyer en
vu de l'examen de l'ensemble des
de payer au moins une partie du
ai a échoué, aides perçues par le
e même sens, adoptant se faisant
ns tout cela ? À première vue, la
paraissent se prêter à une appli-
n effet, l'hypothèse de l'imprévi-
nces, imprévisibles au moment de
n bouleversement de son écono-
sidérable entre les prestations des
exécution des obligations de l'une
thèse de la force majeure) mais
e ce que cette partie avait envisagé
ne obligation pour les parties de

No. TAL-2021-02935 et TAL-2021-03029 ;
-2021-01938 ; Trib. arr. Luxembourg, 16
Trib. arr. Luxembourg, 30 novembre 2021,
bourg, 8 décembre 2021, No. TAL-2021-
bourg 2021, No. TAL-2021-06976, où le juge
égard du principe de l'exécution de bonne
r le locataire et confirme la décision de rési-
cause qui établissent le manque de bonne foi
bourg, 16 février 2022, n° TAL-2021-07917
s ont été de bonne foi pour aboutir à une

la renégociation du contrat est au cœur de cette disposition qui en outre n'exige pas une impossibilité d'exécution, on aurait pu penser que celle-ci était appelée à connaître une fortune certaine dans l'hypothèse qui nous occupe. Pourtant il n'en fut rien, l'art. 1195 fut très peu invoqué dans les prétoires et avec peu de succès lorsqu'il le fut²⁰. Ce manque d'enthousiasme des juges rejoint à vrai dire les propos formulés en doctrine selon lesquels, en bref, l'imprévision telle que réglée à l'art. 1195 du Code civil est considérée comme une notion « inadaptée »²¹, dont il ne faut pas attendre « grand-chose »²² quant à la problématique du paiement du loyer commercial dans le contexte de la crise sanitaire, et ce, essentiellement, pour les raisons suivantes :

– l'exécution du contrat n'est pas suspendue du fait de la mise en œuvre de ce remède ; or l'accomplissement des diverses étapes que postule la mise en œuvre de l'art. 1195 prend du temps alors que la situation dans laquelle se trouvent les parties exigerait une solution rapide²³ ;

– l'autre partie n'a pas l'obligation de répondre à l'invitation de renégocier²⁴. En effet le texte de l'art. 1195 pose question lorsqu'il met sur le même pied l'échec et le refus de renégociation, formulation qui semble laisser entendre qu'il n'existerait aucune obligation de renégociation dans le contexte de l'imprévision alors que, pourtant, le principe de bonne foi (*supra*, n° 5) a permis par ailleurs au juge de fonder une obligation de renégociation des parties dans le contexte de la crise de la covid-19²⁵ ;

à connaître, Paris, Dalloz, 2018, pp. 38-41 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 94-96. Pour plus de détails sur les conditions d'application de l'art. 1195, voy. notre étude, précitée, n° 12.

20 Pour plus de détails, voy. notre étude, précitée, n° 13.

21 F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, nos 16-20.

22 F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 21.

23 Voy. C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n° 2.3 ; F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 18 ; 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.

24 C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*

25 Voy. *Lamy Droits des contrats* (<https://www.lamyline.fr>), n° 1879, l'auteur s'interrogeant sur l'avenir de l'obligation de renégocier dans un contexte d'imprévision.

– la notion d'exécution devenue incertaine et la jurisprudence actant la question qui nous préoccup

– la saisine du juge n'intervient que suite de l'exécution du contrat

– ne permet que la révision du contrat concernés²⁸ ni une modifica

– l'article 1195 du Code civil (notamment de la doctrine comme étant un remède souvent choisi d'écarter complètem

de non-révision ou *anti-hardship*) ou le régime (clause d'imprévision)³¹,

la validité d'une telle clause au regard de l'ordre public depuis la réforme de

ou encore à établir que le b

que la clause de renonciation à l'

notamment ceux de centres

28 C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.* ; J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*

29 C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*

30 La justification du caractère supplétif des travaux préparatoires (Rapport au président de la République, 2016) ni par les auteurs.

31 C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*

32 Art. 1104 du Code civil : « Les conventions doivent être interprétées de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. Les conventions commerciales malades de la peste », *op. cit.*

33 J.-P. BLATTER, « Le bail, le covid-19 et l'art. 1195 », *op. cit.*

34 J. KLEIN, « Les clauses relatives à l'imprévision ? », *Revue Des Contrats, mai 2020*.

35 C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*

36 Art. 1104 du Code civil : « Les conventions doivent être interprétées de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. Les conventions commerciales malades de la peste », *op. cit.*

cette disposition qui en outre on aurait pu penser que celle-ci ine dans l'hypothèse qui nous 5 fut très peu invoqué dans les e fut²⁰. Ce manque d'enthous- pos formulés en doctrine selon glée à l'art. 1195 du Code civil aptée »²¹, dont il ne faut pas roblématique du paiement du rrise sanitaire, et ce, essentielle-

pendue du fait de la mise en ent des diverses étapes que pos- l du temps alors que la situation rait une solution rapide²³ ;

répondre à l'invitation de rené- ose question lorsqu'il met sur le ciation, formulation qui semble obligation de renégociation dans ourtant, le principe de bonne juge de fonder une obligation de e de la crise de la covid-19²⁵ ;

DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des ations*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 94-96. Pour art. 1195, voy. notre étude, précitée, n° 12 citée, n° 13.

et le bail commercial en temps de crise :

et le bail commercial en temps de crise :

mpact du covid-19 sur les contrats de droit des contrats et le bail commercial en temps 8 ; J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de majeure à l'imprévision », *op. cit.*, p. 616.

mpact du covid-19 sur les contrats de droit (www.lamyline.fr), n° 1879, l'auteur s'intente dans un contexte d'imprévision.

– la notion d'exécution devenue « excessivement onéreuse » est source d'incertitude et la jurisprudence actuelle n'a pas permis de la lever concernant la question qui nous préoccupe²⁶ ;

– la saisine du juge n'intervient que dans un second temps alors que la poursuite de l'exécution du contrat aura dû être assurée²⁷ ;

– ne permet que la révision du contrat et pas l'exonération des obligations concernées²⁸ ni une modification provisoire du loyer²⁹ ;

– l'article 1195 du Code civil étant considéré par l'écrasante majorité de la doctrine comme étant une disposition supplétive³⁰, les parties peuvent choisir d'écarter complètement les effets de l'imprévision (clauses de non-révision ou *anti-hardship*) ou encore d'en modaliser différemment le régime (clause d'imprévision)³¹, 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'art. 1104 du Code civil³² ou encore à établir que le bail constituerait un contrat d'adhésion et que la clause de renonciation à l'art. 1195 (présente dans la plupart des baux, notamment ceux de centres commerciaux) créerait un déséquilibre

²⁵ C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.* ; J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*

²⁷ C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.* Des auteurs estiment que cette obligation de poursuivre l'exécution du contrat durant une procédure potentiellement longue constitue le « défaut majeur » du mécanisme prévu à l'art. 1195 du Code civil (voy. notamment L. VOGEL et J. VOGEL, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ Contrat*, pp. 275 et s., n° 2.1.2.1).

²⁸ C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*

²⁹ J.-P. BLATTER, « Le bail, le covid-19 et le schizophrène – Propos à bâtons rompus », *op. cit.*, p. 249 : l'auteur faisant observer qu'une telle solution n'a été envisagée ni par l'ordonnance du 2 février 2016 ni par les auteurs.

³⁰ La justification du caractère supplétif de cette disposition est tirée à la fois de ses travaux préparatoires (Rapport au président de la République) et de la formulation de l'art. 1195 qui permet à une partie d'« assumer le risque » d'une hypothèse d'imprévision, formulation interprétée comme une faculté de renonciation au bénéfice de cette disposition : voy. J. KLEIN, « Les clauses relatives aux événements imprévus : validité ? Efficacité ? Interprétation ? », *Revue Des Contrats*, mars 2021, pp. 167 et s.

³¹ C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.* ; 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.*

³² Art. 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public » et voy. A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 334.

significatif au sens de l'art. 1171³³ du Code civil³⁴. Une auteure a dénoncé à cet égard un véritable comportement « moutonnier » fait de « renonciations mécaniques aux innovations de la réforme du droit des contrats », de telle sorte que « (l)a pandémie invite désormais à renouveler la réflexion relative aux clauses qui écartent, concurrencent ou aménagent les mécanismes légaux de gestion de l'imprévu », les clauses excluant le mécanisme prévu par l'art. 1195 étant devenues « de style »³⁵.

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 sanitaire³⁶, l'imprévision étant avant tout un mécanisme de renégociation du contrat pour l'avenir³⁷.

Enfin de nombreuses questions sont soulevées sur le plan processuel en rapport avec l'intervention du juge en application de l'article 1195 pour adapter le contrat. Comme le relève un auteur :

- « i. Le juge pourrait-il donner à sa révision une durée limitée ?
- ii. Pourrait-il inviter les parties à se représenter devant lui, passé un délai pour adapter ses mesures ?
- iii. Peut-il se réserver de modifier sa révision en cas d'évolution des circonstances, quand bien même ce changement n'est ni imprévisible ni source d'onérosité excessive ?

33 Lequel dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 334 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 ».

34 Pour cette observation : F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 17.

35 J. KLEIN, « Les clauses relatives aux événements imprévus : validité ? Efficacité ? Interprétation ? », *op. cit.* La jurisprudence révèle en effet un certain nombre de cas où le bénéfice de l'art. 1195 avait été écarté dans le contrat : voy. par exemple Limoges, 5 juillet 2021, R. n° 20/00449 (contrat de bail) et Rennes, 14 décembre 2021, R. n° 21/00471 (compromis de vente), les deux décisions pouvant être consultées sur <https://www.lamyline.fr>.

36 A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.* ; J.-D. BARBIER, « Coronavirus : la résiliation du bail par le locataire », *op. cit.*, p. 342 (procédure « difficilement praticable ») ; J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.* (à propos de la mise en œuvre de l'art. 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 recouru au droit des entreprises en difficulté avant d'obtenir l'accès au juge de droit commun dans de telles situations »).

37 F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 18.

in. Pourrait-il aussi revenir sur sa révisant des circonstances nouvelles ? Répondre par l'affirmative à ces questions d'administrer le contrat, et jouer un rôle, par exemple, en matière familiale pour la conciliation. Cette différence de perspective entre le terme de magistrat et celui de juge est à prendre en compte. [...] Pour le contractualiste, il ne s'agit pas de la nature contractuelle des termes révisés, mais de leur caractère fondamentalement redevables des règles du droit. Les décisions du juge peuvent être affectées par les circonstances, mais elles doivent être exécutées de bonne foi, sous peine de sanctions propres à l'inexécution.

8. La Belgique et le Luxembourg ont adopté dans leurs Codes civils respectifs la théorie de l'imprévision. Néanmoins, ceci n'est pas le cas de la France, qui est fondamentalement absente de leurs droits positifs. Cette absence est attachée au principe de la conventionnalité du droit, en retrait en la matière, quoique l'absence de la théorie de l'imprévision comme ne peut pas en rejeter l'application au motif que les deux théories ne sont pas réunies³⁹, démarche curieuse.

38 Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le devoir de réviser », *op. cit.*, mars 2021, pp. 173 et s., n°s 25-26.

39 Cour d'appel, 31 octobre 2012, n° 31/12, qui a traditionnellement consacré la théorie de l'imprévision, mais qui a écarté le motif que « les conditions minimales à l'application de la théorie de l'imprévisibilité du changement » ne sont pas réunies. Cass., 24 octobre 2013, n° 64/13 ; Trib. ar. de Limoges (2013), *op. cit.* : « la théorie de l'imprévision luxembourgeoise [...] », les juges la rejettent au motif que [...] les appelants ne rapportent pas la preuve que les circonstances qui auraient rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse en droit luxembourgeois, 30 novembre 2021, n° TAL/21/00001, qui prime en des termes identiques à ceux de l'art. 1195 du Code de droit luxembourgeois, cons. Voy. également en droit luxembourgeois – Approche comparative des contrats ? Analyse comparée autour du droit de l'imprévision, *op. cit.*, n° 2, p. 350.

40 L. DIMMER, « Le Bail et la Covid-19 », *op. cit.*, n° 2, p. 350.

le civil³⁴. Une auteure a dénoncé le « moutonnier » fait de « renouveau du droit des contrats », en s'efforçant à renouveler la réflexion et à réajuster ou aménager les mécanismes, les clauses excluant le mécanisme « de style »³⁵.

« Cette procédure est mise en œuvre à la situation d'urgence générée avant tout un mécanisme de... »

« soulevées sur le plan processuel en application de l'article 1195 pour... »

« révision une durée limitée ? »

« présenter devant lui, passé un délai... »

« révision en cas d'évolution des circonstances n'est ni imprévisible ni... »

« l'adhésion, toute clause « Les baux commerciaux négociables, déterminée à l'avance par l'une des parties... »

« porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur... »

« le droit civil des contrats et le bail commercial... »

« éléments imprévus : validité ? Efficacité ? Intérêt ?... »

« il par le locataire », *op. cit.*, p. 342 (procédure de révision en cas d'épidémie de coronavirus sur les baux commerciaux malades de la peste), *op. cit.* ; « pour obtenir une révision judiciaire est difficile... »

« baux commerciaux et le bail commercial en temps de crise... »

iv. Pourrait-il aussi revenir sur sa révision à la demande d'une partie alléguant des circonstances nouvelles ?

Répondre par l'affirmative à ces questions reviendrait à permettre au juge d'administrer le contrat, et jouer un rôle analogue à celui qu'il tient, par exemple, en matière familiale pour les questions liées à l'autorité parentale. Cette différence de perspective recoupe la fine nuance qui sépare le terme de magistrat et celui de juge.

[...] Pour le contractaliste, il ne fait pas de doute qu'en raison de la nature contractuelle des termes retouchés par le juge, ceux-ci sont également redevables des règles du droit des contrats. Par suite, les clauses revues par le juge peuvent être amendées par avenant. De même, elles doivent être exécutées de bonne foi et leur méconnaissance appelle les sanctions propres à l'inexécution du contrat »³⁸.

8. La Belgique et le Luxembourg ont en commun de ne pas (encore) avoir dans leurs Codes civils respectifs de disposition consacrant la théorie de l'imprévision. Néanmoins, ceci ne veut pas dire que la notion est totalement absente de leurs droits positifs. Le Luxembourg, particulièrement attaché au principe de la convention-loi, apparaît a priori comme le plus en retrait en la matière, quoique l'on ait pu relever l'existence de trois décisions dont deux concernent notre hypothèse qui, tout en écartant la théorie de l'imprévision comme ne faisant pas partie du droit positif, finit par en rejeter l'application au motif que ses conditions d'application ne sont pas réunies³⁹, démarche curieuse pour certains⁴⁰ ou qui manifeste

³⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le devoir de renégociation du contrat : et après ? », *Revue Des Contrats*, mars 2021, pp. 173 et s., n°s 25-26.

³⁹ Cour d'appel, 31 octobre 2012, n° 34789 : qui relève que « la jurisprudence refuse traditionnellement de consacrer la théorie de l'imprévision » pour la rejeter ensuite au motif que « les conditions minimales à l'application de la théorie de l'imprévision [n.d.r. de l'imprévisibilité du changement] ne sont même pas remplies », décision confirmée par : Cass., 24 octobre 2013, n° 64/13 ; Trib. arr. Luxembourg, 28 juin 2021 (loyer commercial et covid), *op. cit.* : « la théorie de l'imprévision [...] n'est, – ce stade –, pas ancrée en droit luxembourgeois [...] », les juges la rejetant finalement en ces termes : « sans prendre position sur la réception en droit luxembourgeois de la théorie de l'imprévision, il convient de souligner que [...] les appelants ne rapportent pas la preuve d'un changement définitif de circonstances qui aurait rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse » ; Trib. arr. Luxembourg, 30 novembre 2021, n° TAL-2021-01379 du rôle, pp. 18-19 où le juge s'exprime en des termes identiques à ceux de la décision précédente. Sur la théorie de l'imprévision en droit luxembourgeois, cons. Voy. P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, *op. cit.*, n° 491 ; D. SPIELMANN, « Rapport luxembourgeois (théorie de l'imprévision) » in P. ANCEL & A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, *op. cit.*, pp. 443-447.

⁴⁰ L. DIMMER, « Le Bail et la Covid – retour sur les jugements rendus en la matière », *op. cit.*, n° 2, p. 350.

une certaine ouverture selon d'autres⁴¹. En Belgique 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'imprévision⁴². Le principe de l'exécution de bonne foi (art. 1134, al. 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 contractuelle⁴³. Si, dans le contexte que nous préoccupe ici, certaines 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 positif⁴⁴, d'autres ont décidé d'anticiper une réforme actuellement en cours (ci-après), spécialement une décision de la justice de paix de Bruxelles du 29 janvier 2021⁴⁵ 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 la disposition en projet en matière d'imprévision lui permettant d'obliger

41 Voy. P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, op. cit. et D. SPIELMANN, « Rapport luxembourgeois (théorie de l'imprévision) », op. cit.

42 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?Hilite=NpLtDKwqq4FAAZPAf4=#text> (où la Cour, sur le fondement de la prohibition 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). Voy. 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*, op. cit., pp. 467-479 et spéc. n^{os} 22-27.

43 Mons, 30 mai 2013, *JLMB*, 2014, pp. 1083 et s. et note D. PHILIPPE, décision commentée par D. PHILIPPE, *ibid.*, n^o 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 ».

44 Voy. N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », op. cit., n^o 17, se référant aux décisions : J.P. Huy, 19 octobre 2020 (décision analysée, *supra*, n^o 5) ; J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *JLMB*, 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 »).

45 J.P. Bruxelles, 2^e canton, 29 janvier 2021, RG n^{os} 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 », op. cit., n^o 4, p. 207.

les parties à renégocier les termes de l'acte. Une autre décision du 10 juillet 2020 peut également être évoquée.

Quelle est la réforme appelée à entrer en vigueur en Belgique ? Il s'agit d'un article 574 de la proposition de loi visant à réformer le droit relatif au droit des obligations⁴⁸. Cette réforme est relative à l'article 1195 du Code civil. Les modifications proposées sont : la seconde étape dans la théorie de l'imprévision : la seconde étape dans la théorie de l'imprévision n'y est pas reprise⁵⁰ ; une indication relative au contrat (« ce que les parties

46 (J. Anvers, 10 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., commentée par 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., pp. 207-208). Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 : le juge se référant tant à la future intervention modératrice de la bonne foi).

47 Dont le texte est le suivant : Art. 574 : Changement de circonstance. Chaque partie doit exécuter ses obligations, même plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ou la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au juge d'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions de l'exécution ont changé de telle sorte qu'un changement de circonstances rendrait l'exécution du contrat plus onéreuse que ce qu'on ne puisse raisonnablement attendre. 1^o ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ; 2^o ce changement n'est pas imputable au débiteur ; 3^o le débiteur n'a pas assumé ce risque ; 4^o la loi ou le contrat n'exclut pas cette demande ; 5^o les parties continuent à exécuter leurs obligations.

En cas de refus ou d'échec des renégociations, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat ou y mettre fin, à condition que les parties auraient raisonnablement pu prévoir le changement de circonstances et qu'elles avaient tenu compte du changement de circonstances lors de la conclusion du contrat. La demande doit être présentée avant une date qui ne peut être antérieure à celle de la conclusion du contrat. Les modalités fixées par le juge. L'action est formée par la partie qui demande l'adaptation ou la fin du contrat.

48 Proposition de loi du 24 février 2020 (Doc. parl., Ch. repr. sess. ord., n^o 55) (la Chambre des représentants a adopté la proposition de loi le 21 avril 2022).

49 Le commentaire des articles (doc. 1) de la proposition de loi française constitue l'une de ses sources de référence.

50 À savoir qu'en cas de refus ou d'échec des renégociations, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat ou y mettre fin au contrat soit solliciter amiablement les parties à renégocier le contrat, soit solliciter amiablement les parties à renégocier le contrat, soit solliciter amiablement les parties à renégocier le contrat, soit solliciter amiablement les parties à renégocier le contrat.

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. On observera aussi que le caractère supplétif de la disposition est souligné par les travaux préparatoires⁵¹, son texte accréditant également cette constatation⁵².

Par conséquent et sous réserve d'une efficacité légèrement supérieure du mécanisme, la disposition belge en projet présente les mêmes défauts que la disposition française envisagée ci-dessus : il s'agit d'un mécanisme inadapté à une situation d'urgence et/ou qui nécessiterait une adaptation provisoire du contrat alors que le risque d'une exclusion de celui-ci par le contrat apparaît tout aussi élevé. Toutefois, également à l'instar du droit français actuel, le texte belge prévoit également que sa disposition en matière de bonne foi et prohibition de l'abus de droit est d'ordre public⁵³. À cet égard le Prof. D. Philippe a fait observer que les deux dispositions, relatives à l'imprévision et à la bonne foi, sont amenées à se chevaucher dans la mesure où la bonne foi a été considérée comme étant

partie bénéficiant de la non-adaptation du contrat et refusant une renégociation accepterait amiablement de le faire réviser par le juge : voy. N. DISSAUX et CH. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, op. cit., p. 41.

51 Doc. 1806/001, op. cit., p. 85 : « La présente disposition est supplétive, tant dans son principe que dans ses modalités d'application [...] Les parties peuvent supprimer ou modifier le droit de renégocier et de voir le contrat modifié [...] ».

52 Comme la disposition française le texte de l'art. 5.74 réserve la possibilité pour le débiteur d'assumer le risque (nous avons vu ci-avant que cette précision est invoquée pour justifier le caractère supplétif de l'art. 1195 en droit français). En outre, précision non présente dans le texte français, l'art. 5.74, al. 2, 5° permet au contrat d'exclure la possibilité pour le débiteur de demander une renégociation du contrat en vue de son adaptation.

53 « 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° 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° nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat.

Toute dérogation au présent article est réputée non écrite ». Selon le Commentaire des articles (p. 84) : « Plusieurs instruments internationaux prévoient que le principe d'exécution de bonne foi ne peut être exclu ou limité par les parties (voy. p. ex. art. III-1:103, al. 2 DCFR, art. 1.7 PICC). Une telle exclusion a paru opportune, et se trouve consacrée à l'alinéa 3. Toute dérogation à l'article 5.73 est donc réputée non écrite ; en conséquence, dans la mesure où le projet adopte le principe de la nullité partielle des contrats (voy. l'article 5.63), seule la clause dérogeant au principe d'exécution de bonne foi ou écartant le principe de la

à la base de la théorie de l'imprévision, également un article 5.52⁵⁵ qui, en français, permettrait d'écarter une disposition par l'art. 5.74 pour autant qu'un déséquilibre manifeste entre le contrat d'adhésion. Cependant, contrairement à la disposition française, qui invite le juge à écarter la disposition en cas de circonstances qui entourent la conclusion du déséquilibre manifeste, le projet ne pose non lors de la conclusion du contrat le droit de se demander si l'art. 5.52, tel qu'il est formulé, comme permettant au juge d'écarter la disposition en cas de circonstances de l'imprévision.

9. On observe donc qu'alors que le droit français et du Luxembourg est à priori favorable face à la problématique du projet de loi, dans le contexte de la Covid-19, à savoir : l'existence d'une telle disposition (France), existence d'une telle disposition (Luxembourg) et l'absence d'une telle disposition (Belgique) ont néanmoins évolué vers une solution de renégociation sur la base de l'application des conventions. Cette convergence de solutions fait en sorte que les parties ne peuvent d'ordinaire exprimer de l'ordre public un régime spécial taillé pour la renégociation (imp) complexe si pas mal taillé et qui exclut l'application avec le possible d'écarter la disposition résidant dans la question de savoir si la disposition est bien toujours en cas d'imprévision et le régime spécial figurant à l'article

prohibition de l'abus de droit, pourra le cas échéant retrouver alors le pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce ».

54 D. PHILIPPE, « Rapport belge (théorie de l'imprévision) : Réformer le droit des contrats ? Analyse comparative ».

55 « Art. 5.52. Clauses abusives

Toute clause non négociable et qui crée une obligation des parties est abusive et réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre manifeste est faite au moment de la conclusion du contrat.

L'alinéa 1^{er} ne s'applique ni à la définition de l'équivalence entre les prestations principales

elles avaient tenu compte du le juge met fin au contrat, la peut être antérieure au chan- est formée et instruite selon semble utile car elle permettra el la partie affectée par le chan- xécuter l'obligation concernée. étif de la disposition est souli- te accréditant également cette

fficacité légèrement supérieure objet présente les mêmes défauts essus : il s'agit d'un mécanisme a qui nécessiterait une adapta- isque d'une exclusion de celui- . Toutefois, également à l'instar évoit également que sa disposi- on de l'abus de droit est d'ordre a fait observer que les deux dis- a bonne foi, sont amenées à se oi a été considérée comme étant

et refusant une renégociation accepterait DISSAUX et CH. JAMIN, *Réforme du droit des*

de disposition est supplétive, tant dans son Les parties peuvent supprimer ou mod- édiffié [...] ».

de l'art. 5.74 réserve la possibilité pour i-avant que cette précision est invoquée en droit français). En outre, précision non permet au contrat d'exclure la possibilité du contrat en vue de son adaptation. ibition de l'abus de droit

du contrat, se comporter comme le ferait s les mêmes circonstances ; ntrat.

non écrite ». Selon le Commentaire des aux prévoient que le principe d'exécution parties (voy. p. ex. art. III-1:103, al. 2 DCFR), tute, et se trouve consacrée à l'alinéa 3. ée non écrite ; en conséquence, dans la é partielle des contrats (voy. l'article 5.63), de bonne foi ou écartant le principe de la

à la base de la théorie de l'imprévision⁵⁴. Par ailleurs, le texte comporte également un article 5.52⁵⁵ qui, à l'instar de l'art. 1171 du Code civil français, permettrait d'écartier une clause de renonciation au mécanisme porté par l'art. 5.74 pour autant que l'on puisse considérer qu'elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion. Cependant cet article comporte un alinéa, absent de la disposition française, qui invite le juge à prendre en compte toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat dans son appréciation du déséquilibre manifeste. Vu que l'hypothèse de l'imprévision se pose non lors de la conclusion mais de l'exécution du contrat, on est en droit de se demander si l'art. 5.52 pourra réellement être interprété comme permettant au juge d'écartier une clause d'exclusion du mécanisme de l'imprévision.

9. On observe donc qu'alors que la situation de la France, de la Belgique et du Luxembourg est a priori assez différente lorsqu'il s'agit de faire face à la problématique du paiement du loyer commercial dans le contexte de la Covid-19, à savoir : existence d'une disposition en matière d'imprévision (France), existence imminente (Belgique) et inexistence d'une telle disposition (Luxembourg), la jurisprudence de ces trois pays a néanmoins évolué vers une solution convergente, fondant une obligation de renégociation sur la base du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Cette convergence apparaît d'autant plus inévitable, *in fine*, que les parties ne peuvent déroger à la bonne foi (principe relevant désormais expressément de l'ordre public en France) alors que le régime spécial taillé pour la renégociation sous l'égide de l'imprévision apparaît (trop) complexe si pas mal taillé et que, en outre, les parties peuvent en exclure l'application avec le possible effet pervers, constaté en France, résidant dans la question de savoir si une obligation de renégociation subsiste bien toujours en cas d'imprévision alors que le contrat peut exclure le régime spécial figurant à l'article 1195 du Code civil (*supra*, n° 7).

annulation de l'abus de droit, pourra le cas échéant faire l'objet d'une annulation ; le juge retrouve alors le pouvoir d'apprécier si les conditions de l'abus de droit sont réunies dans les circonstances de l'espèce ».

⁵⁴ D. PHILIPPE, « Rapport belge (théorie de l'imprévision) », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Reformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, op. cit., n° 57.

⁵⁵ « Art. 5.52. Clauses abusives

Toute clause non négociable et qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est abusive et réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre manifeste tient compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat.

L'alinéa 1^{er} ne s'applique ni à la définition des prestations principales du contrat, ni à l'équivalence entre les prestations principales ».

10. Il est temps à ce stade d'en revenir aux enseignements que le Prof. D. Philippe formulait dans sa thèse, publiée en 1986 rappelons-le. Fort de son analyse approfondie en droit comparé, enrichie de l'examen d'un grand nombre de cas et hypothèses concrètes, D. Philippe introduit le concept de « bouleversement de l'économie contractuelle », lequel « permettrait l'aménagement ou l'extinction d'une ou plusieurs obligations contractuelles lorsque surviennent, postérieurement à la conclusion du contrat, des circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- a) être non imputables à la partie qui l'invoque,
- b) avoir pour effet un changement radical de l'obligation contractuelle assumée »⁵⁶.

On remarquera que la notion d'imprévisibilité ne figure pas dans la définition que propose l'auteur du concept de « bouleversement de l'économie contractuelle ». Ceci constitue un élément intéressant de sa thèse et sans doute la raison pour laquelle il répugne à mettre en avant le concept d'« imprévision ». Plus précisément l'auteur s'exprime en ces termes : « S'agissant du problème de l'imprévisibilité des circonstances et de leurs effets, nous croyons que l'imprévisibilité doit constituer un élément d'appréciation du risque.

Le contractant doit supporter les charges résultant d'un changement de circonstances dont il pouvait évaluer l'impact à la conclusion du contrat ; il lui appartenait d'assortir le changement de circonstances d'un régime juridique adéquat. Cependant, il n'est pas toujours possible d'insérer une clause relative au changement de circonstances ; l'on pense à certains contrats d'adhésion où la supériorité économique d'une des parties empêche l'autre d'apporter une quelconque modification aux clauses de la convention.

C'est pourquoi nous proposons un critère plus large que la prévisibilité : appartenait-il, eu égard aux circonstances de l'espèce, au contractant qui se prévaut du changement de circonstances, d'assortir celui-ci, à la négociation du contrat, d'un régime juridique adéquat ? »⁵⁷.

Dans ses écrits plus récents D. Philippe reprend la notion d'imprévisibilité au rang des caractéristiques que doivent revêtir les circonstances constitutives d'une hypothèse d'imprévision (non-imputabilité à celui qui s'en prévaut, imprévisibilité et bouleversement de l'économie contractuelle)⁵⁸.

⁵⁶ *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, op. cit. pp. 620-621.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 661.

⁵⁸ Voy. notamment D. PHILIPPE, « Arbitrage, contrats internationaux et imprévision », *RDIDC*, 2021, pp. 305-348 et spéc. p. 307 ; D. PHILIPPE, « Coronavirus : Force majeure ? Hardship ? Deferral of obligations ? Some practical elements advice for the analysis and redaction of clauses », *DA-OR*, vol. 134, pp. 3-20, n° 22.

... en apportant une précision inter...
... l'imprévisibilité de l'événement...
... contrat. Ainsi il estime que dès le...
... prise en compte dans les négoci...
... date la condition d'imprévisibi...
... l'auteur n'en considère pas moins...
... de l'imprévisibilité ultérieurement...
... Exemple : « Vous vous engagez le...
... produits pour le 1^{er} avril 2020 ; vous...
... et ses effets en Chine ; mais vous...
... devait être fermée le 18 mars 2020...
... en conséquence, vous pouvez touj...
... des mesures décrétées par le Go...
... celles-ci étaient imprévisibles le 5 fé...

Ces nuances apportées à la noti...
... être mises en rapport avec le fo...
... « bouleversement de l'économie co...
... La bonne foi permet d'introduire...
... le droit ; elle vise à garantir la justi...
... régissant la convention sont trop rig...
... flagrant. La bonne foi assure, c...
... des attentes réciproques des contrac...
... à la mise en œuvre de la collaborat...
... réalisation des objectifs définis à pa...

L'exécution de bonne foi des con...
... iement juridique idéal du boulev...
... Elle est prescrite dans notre Code c...

Ces conclusions débouchent sur...
... préconisation, particulièrement fra...
... nous avons eu l'occasion de form...
... commercial dans le contexte de la...
... concept de « bouleversement de l'é...
... une reconnaissance légale, D. Philip...
... la solution légale offre peu d'attra...
... contractuelle est en effet un problè...
... de l'espèce [...] Dans la mesure où l...
... à prendre en considération le boulev...

⁵⁹ D. PHILIPPE, « Coronavirus : Force majeure...
... practical elements advice for the analysis and...
... *Changement de circonstances et boulev...*
... p. 621.

venir aux enseignements que le
publiée en 1986 rappelons-le.
comparé, enrichie de l'examen
concrètes, D. Philippe introduit
économie contractuelle », lequel
tion d'une ou plusieurs obliga-
postérieurement à la conclusion
les caractéristiques suivantes :
qui l'invoque,
t radical de l'obligation contrac-

prévisibilité ne figure pas dans
concept de « bouleversement de
ue un élément intéressant de sa
lle il répugne à mettre en avant
sément l'auteur s'exprime en ces
prévisibilité des circonstances et
évisibilité doit constituer un élé-

ges résultant d'un changement de
pact à la conclusion du contrat ; il
de circonstances d'un régime juri-
jours possible d'insérer une clause
s ; l'on pense à certains contrats
d'une des parties empêche l'autre
aux clauses de la convention.

critère plus large que la prévisibi-
stances de l'espèce, au contractant
onstances, d'assortir celui-ci, à la
idique adéquat ? »⁵⁷.

re reprend la notion d'imprévisibi-
ent revêtir les circonstances consti-
(non-imputabilité à celui qui s'en
ent de l'économie contractuelle)⁵⁸

ement de l'économie contractuelle, op. cit.

contrats internationaux et imprévision »,
ILIPPE, « Coronavirus : Force majeure ? Hard-
ments advice for the analysis and redaction

tout en apportant une précision intéressante résidant dans la distinction
entre l'imprévisibilité de l'événement et l'imprévisibilité sur les effets du
contrat. Ainsi il estime que dès le 15 janvier 2020 la pandémie devait
être prise en compte dans les négociations contractuelles et que donc dès
cette date la condition d'imprévisibilité ne sera plus remplie. Néanmoins
l'auteur n'en considère pas moins que l'on pourra toujours se prévaloir
de l'imprévisibilité ultérieurement sur la base de la distinction précitée.
Exemple : « Vous vous engagez le 5 février 2020 faire une livraison de
produits pour le 1^{er} avril 2020 ; vous connaissez à ce moment le coronavi-
rus et ses effets en Chine ; mais vous ne saviez pas que votre exploitation
devrait être fermée le 18 mars 2020 en vertu du décret ministériel belge ;
en conséquence, vous pouvez toujours vous prévaloir de l'imprévisibi-
lité des mesures décrétées par le Gouvernement belge, dans la mesure où
celles-ci étaient imprévisibles le 5 février 2020 »⁵⁹.

Ces nuances apportées à la notion d'imprévisibilité doivent à notre
sens être mises en rapport avec le fondement proposé pour ce concept de
« bouleversement de l'économie contractuelle », à savoir la bonne foi :
« La bonne foi permet d'introduire et de systématiser la règle morale dans
le droit ; elle vise à garantir la justice contractuelle là où les dispositions
régissant la convention sont trop rigides et où leurs effets créent une injus-
tice flagrante. La bonne foi assure, dans l'exécution du contrat, le respect
des attentes réciproques des contractants ; elle veille dans certains contrats
à la mise en œuvre de la collaboration et de la solidarité nécessaires à la
réalisation des objectifs définis à partir de l'économie contractuelle.

L'exécution de bonne foi des conventions constitue, pour nous, le fon-
dement juridique idéal du bouleversement de l'économie contractuelle.
Elle est prescrite dans notre Code civil par l'article 1134, alinéa 3 »⁶⁰.

Ces conclusions débouchent sur une préconisation ou plutôt une non-
préconisation, particulièrement frappante au regard des observations que
nous avons eu l'occasion de formuler à propos du paiement du loyer
commercial dans le contexte de la covid-19 : à la question de savoir si le
concept de « bouleversement de l'économie contractuelle » doit recevoir
une reconnaissance légale, D. Philippe apporte la réponse suivante : « [...] la solution légale offre peu d'attraits ; le bouleversement de l'économie
contractuelle est en effet un problème très complexe, lié aux circonstances
de l'espèce [...] Dans la mesure où la jurisprudence se montrerait disposée
à prendre en considération le bouleversement de l'économie contractuelle

⁵⁹ D. PHILIPPE, « Coronavirus : Force majeure ? Hardship ? Deferral of obligations ? Some practical elements advice for the analysis and redaction of clauses », op. cit., n° 7.

⁶⁰ *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, op. cit., p. 621.

[...]une modification législative ne nous apparaît pas indispensable »⁶¹. En d'autres termes : la mise en œuvre par le juge du concept de « bouleversement de l'économie contractuelle » peut se faire sans disposition législative précise en s'ancrant dans le principe de bonne foi. Enfin, *last but not least*, l'auteur se montre hostile à l'idée que l'on puisse renoncer contractuellement au bénéfice de ce concept : « Nous croyons que l'essence même du bouleversement de l'économie contractuelle empêche toute renonciation contractuelle préalable »⁶².

11. Conclusion : l'évolution du traitement de la problématique du paiement du loyer commercial au gré des vagues de la Covid-19 confirme les analyses du Prof. D. Philippe à savoir que le bouleversement de l'économie contractuelle ne nécessite pas d'intervention législative spécifique alors qu'une mise en œuvre du principe de l'exécution de bonne foi des conventions permet d'asseoir et de délimiter les contours d'une obligation de renégociation. La France, la Belgique et le Luxembourg y sont venus alors que la France dispose d'une disposition législative spécifique relative à l'imprévision dont on a perçu les aspects problématiques alors que son caractère supplétif fait même planer un doute sur la persistance de la protection de la partie au contrat dans une hypothèse d'imprévision. Heureusement l'affirmation du caractère d'ordre public du principe d'exécution de bonne foi des conventions permet de voler au secours des parties, sans autre intervention législative.

61 *Ibid.*, pp. 653-654.

62 *Ibid.*, p. 652.

Le principe de précaution La prévention du sans r

Christian D

Professeur extraordinaire à la faculté de
Co-responsable du GEPS-UCLouvain (gr
Président du tribunal de p

Le principe de précaution a fait
septante, en droit de l'environnement
place centrale en ce domaine¹. Il o
de la politique environnementale d
l'article 191.2. du Traité sur le for
qui dispose, à cet égard que : « La
de l'environnement vise un niveau
de la diversité des situations dans l
est fondée sur les principes de pré
dmit belge l'a intégré². Il y a été fa
la crise Covid dans les différents in
ris au cours de celle-ci.

Le principe de précaution se dist
qu'il commande la prise de mesur
dans le second cas le risque est très
de l'Union européenne a, ainsi, co
subsistent quant à l'existence ou à
des mesures de précaution sans av
de ces risques soient pleinement d

1 D. BOURGUIGNON, *Le principe de précaution*, Service de recherche du Parlement européen.

2 Code wallon de l'environnement, L'Etat, Partie décrétable, article D.3 1°.

3 TPI, 21 octobre 2003, Solvay Pharm, l'article 4, § 3, al. 3 de la loi du 17 août 2002 sur l'exploitation des ressources des fonds r