

**UN** Nantes  
**U** Université

Faculté de droit et des Sciences Politiques

# **LA COVID ET LE CONTRAT**

Mémoire de Master II Droit Privé Général

par

**François CHEVALIER**

Sous la direction de M. Charles-Edouard BUCHER

Professeur à la faculté de droit de Nantes

Année Universitaire 2021 - 2022



# Remerciements

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude à l'égard de Monsieur Charles-Edouard Bucher, professeur de droit privé à l'Université de Nantes, pour sa bienveillance et sa disponibilité.

Je voudrais également remercier l'ensemble des professeurs et maitres de conférences de l'Université de Nantes qui ont su, pendant ces cinq dernières années, contribuer à la réussite de mes études.

Je tiens aussi à remercier le cabinet d'avocat PBSV et plus particulièrement Maitre Liliane Barré pour avoir accepté de m'accueillir quelques semaines et me rapprocher de mon objectif professionnel. Cette expérience m'aura également permis d'appréhender différents éléments contribuant au développement de ce mémoire.

Mes remerciements vont aussi à Monsieur Valerio Forti, professeur de droit privé à l'Université de Lorraine avec qui j'ai pu échanger sur certains mécanismes juridiques.

Enfin, je souhaite remercier mes parents qui ont su m'apporter un soutien inconditionnel tout le long de mes études.

# Sommaire

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>I</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>II</b>
<b>ABREVIATIONS .....</b>	<b>III</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>TITRE 1. LES OUTILS JURIDIQUES DE DROIT COMMUN.....</b>	<b>6</b>
<i>Chapitre 1 : La pandémie : un évènement bouleversant l'économie du contrat .....</i>	<i>6</i>
Section 1. La force majeure .....	6
Section 2. L'imprévision .....	19
<i>Chapitre 2 : Les dispositions de droit commun et la crise pandémique .....</i>	<i>26</i>
Section 1. Le devoir de bonne foi et de loyauté .....	26
Section 2. Les solutions de crises.....	32
<b>TITRE 2. LES CONSEQUENCES D'UNE CRISE EXCEPTIONNELLE .....</b>	<b>39</b>
<i>Chapitre 1 : Des solutions d'urgence instables.....</i>	<i>39</i>
Section 1. La mise en place d'une insécurité juridique .....	39
Section 2. L'instauration d'un état d'urgence sanitaire .....	47
<i>Chapitre 2 : L'influence de la pandémie sur les contrats futurs .....</i>	<i>55</i>
Section 1. Le risque du développement d'un solidarisme contractuel.....	55
Section 2. Les apports de cet épisode épidémique .....	60
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>66</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>70</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>81</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>82</b>

# Abréviations

AJ Contrat	Actualité juridique Contrat
AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de Cassation
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambres civiles)
CA	Cour d'Appel
Cass.	Cour de Cassation
C.C.C.	Revue Contrats-concurrence-consommation
Civ. 1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup> , 3 <sup>e</sup>	Chambres civiles de la Cour de Cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation
D.	Recueil Dalloz
éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
LPA	Les Petites Affiches
RCA	Responsabilité civile et Assurances
RDC	Revue des contrats
RGDA	Revue Générale du Droit des Assurances
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
TJ	Tribunal Judiciaire



# Introduction

1. Les regards du monde entier se tournent peu à peu vers la Chine, et notamment vers la province de Hubei, où une épidémie semble se propager. A partir de novembre 2019, les autorités chinoises recensent chaque jour entre un et cinq individus ayant divers symptômes de détresse respiratoire ; sans pour autant réussir à en identifier la cause. Ce n'est que le 27 décembre 2019, que le premier cas de Covid-19 est officiellement déclaré par les autorités de la République Populaire de Chine. La menace épidémique semble être prise au sérieux dès lors que le gouvernement chinois prend des mesures très strictes en plaçant sous quarantaine trois villes de la province de Hubei : Wuhan, Huanggang et Ezhou.
2. Avec la mondialisation et les échanges touristiques et commerciaux toujours plus importants, l'épidémie ne connaît pas de frontières. Avec une date d'arrivée du virus sur le territoire français estimé au 24 janvier 2020<sup>1</sup>, l'Europe devient rapidement le nouveau foyer centrale de l'épidémie de Covid-19. Le 11 mars, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qualifie alors l'épidémie de pandémie<sup>2</sup>. Son directeur général appelle par ailleurs les pays « jour après jour, à prendre d'urgence des mesures agressives »<sup>3</sup> notamment en dépistant, traitant, traçant et isolant les cas contact, c'est-à-dire les personnes susceptibles d'avoir été en contact avec le virus.
3. Cette crise planétaire n'est pas simplement une crise sanitaire. Les relations commerciales sont rapidement ralenties voir stoppées empêchant de multiples entreprises de répondre à leurs obligations. Certaines rencontrent des difficultés à exécuter leurs obligations, donnant lieu à des difficultés de paiement, à des retards dans les prestations promises ou à des difficultés d'approvisionnement. L'augmentation des matières premières générée par la baisse de production n'a fait que compliquer la situation, intensifiant la crise économique lancée par des mesures restrictives visant à ralentir la propagation du virus.
4. En effet, dès le 12 mars 2020, le Président de la République Emmanuel Macron prononce un discours télévisé annonçant la fermeture des établissements scolaires et universitaires, le report des paiements des cotisations et impôts dus

---

<sup>1</sup> Le premier cas français pourrait en réalité dater de novembre 2019, le patient avait alors été considéré comme atteint de la grippe. « Coronavirus : un premier cas de Covid-19 remontant au 2 décembre confirmé en Alsace », 7 mai 2020, France télévisions.

<sup>2</sup> « Coronavirus : l'épidémie de Covid-19 considérée comme une pandémie par l'OMS », 11 mars 2020, Le Monde et AFP.

<sup>3</sup> « Chronologie de l'action de l'OMS face à la Covid-19 », Communiqué de presse de l'OMS, 29 juin 2020.

par les entreprises, et recommandant le télétravail lorsqu'il est possible<sup>4</sup>. Deux jours plus tard, c'est le Premier Ministre Edouard Philippe qui annonce la fermeture de tous les « lieux recevant du public non indispensables à la vie du pays »<sup>5</sup>, tels que les restaurants, les bars, les cinémas ou les discothèques. Le 16 mars 2020, une nouvelle allocution du Président de la République informe les français que seuls les trajets « absolument nécessaires » sont alors autorisés, laissant place à près de deux mois de confinement.

5. Le 23 mars 2020, le Parlement adopte une loi d'urgence pour faire face à l'épidémie, habilitant le Gouvernement à prendre les mesures de police administratives nécessaires « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »<sup>6</sup>. L'état d'urgence sanitaire est alors déclaré pour une durée de deux mois<sup>7</sup>. Ce régime juridique créé de toute pièce au début de l'épidémie attribue des pouvoirs exceptionnels au Gouvernement permettant de prendre des mesures restrictives de déplacement ou de réunion, et d'ordonner la fermeture provisoire des établissements recevant du public.
6. La vie des français est donc bousculée par la mise en place de textes ayant pour objet de limiter la propagation du virus. Pendant deux ans, la France va alterner entre des mesures réglementaires prévoyant un confinement général<sup>8</sup> ou partiel de la population et avec la fermeture et la réouverture des établissements accueillant du public. Au total, pendant les années 2020 et 2021, les bars et restaurants sont donc restés fermés pendant près de 10 mois<sup>9</sup>.
7. L'économie est logiquement durement touchée, une grande partie des activités étant arrêtés ou fonctionnant au ralenti. Le Gouvernement prend alors de multiples ordonnances contenant de nombreuses dispositions, pouvant parfois s'appliquer rétroactivement, afin de protéger les acteurs économiques des mesures contraignantes prises pour freiner la propagation du virus.

---

<sup>4</sup> « Coronavirus : ce qu'il faut retenir de l'allocution d'Emmanuel Macron », 12 mars 2020, Franceinfo.

<sup>5</sup> « Coronavirus : Edouard Philippe annonce la fermeture de tous les lieux publics « non indispensables », 14 mars 2020, Le Monde.

<sup>6</sup> Loi n° 2020-290, 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>7</sup> Il sera alors prolongé jusqu'au 10 juillet 2020 et à nouveau proclamé par la loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire pour une période allant du 17 octobre 2020 au 1<sup>er</sup> juin 2021.

<sup>8</sup> V. en ce sens, décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

<sup>9</sup> Du 15 mars au 1<sup>er</sup> juin 2020 et du 30 octobre 2020 au 9 juin 2021. En réalité, sur la deuxième période de fermeture, les restaurants ont pu accueillir leurs clients en terrasse à partir du 19 mars 2021.

8. Avec la vie des français, ces mesures de restrictions impactent également celles des contrats en cours. Si l'article 1101 du Code Civil définit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », il est surtout un gage de sûreté pour les contractants qui s'obligent mutuellement à l'exécution d'obligations. C'est d'ailleurs pour cette raison que le doyen Hauriou décrivait le contrat comme « la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »<sup>10</sup>. La prévision obtenue par les parties au contrat leur assure alors une meilleure connaissance de leurs engagements et donc une certaine sécurité juridique. Néanmoins, cet accord, synonyme de prévisibilité est très vite rattrapé par les mesures exceptionnelles prises par le Gouvernement.
9. En effet, ces mesures gouvernementales entravent la bonne exécution des obligations prévues par le contrat. La majorité des contrats ayant été conclu avant l'arrivée de la pandémie et *a fortiori* avant les mesures prises ayant vocation à ralentir la progression du virus n'ont pas prévu la survenance d'un tel évènement. La prévisibilité, bien qu'elle demeure être une prévention nécessaire au bon déroulement de la vie du contrat, ne peut jamais être totale. Il appartient donc aux parties ne pouvant s'exécuter de trouver les moyens nécessaires pour adapter, suspendre ou anéantir le contrat.
10. A cette fin, le Code Civil prévoit des mécanismes permettant aux parties de faire face aux évènements imprévisibles survenant en cours d'exécution du contrat et qui en rendraient l'exécution excessivement onéreuse voire impossible : l'imprévision et la force majeure. Encore faut-il, dès lors que la relation commerciale est internationale, que la loi compétente soit la loi française. Là n'est pas le seul rempart à la mise en place de ces dispositifs puisque les parties peuvent également prévoir au sein de leur contrat, que la force majeure ou l'imprévision seront irrecevables durant l'exécution de celui-ci.
11. Le contrat demeure donc une entité individuelle et dont les solutions à cette crise varieront selon la date de sa formation, de la nature des obligations prévues par celui-ci, des clauses qui le composent et des mesures prises à son encontre. Ces solutions peuvent avoir des sources différentes et être tant légales que contractuelles.

---

<sup>10</sup> M. HAURIOU, Principes de droit public, L. TENIN, Paris, 2ème éd., 1916, p. 201.

12. Le présent mémoire a donc pour objet de s'intéresser aux différents moyens juridiques offerts aux contractants face aux empêchements ayant pour cause la pandémie. Ces empêchements sont ceux résultant de la pandémie en tant que telle mais aussi des mesures prises pour la freiner. Face à des dispositifs dont l'efficacité est parfois réduite à un champ d'application très faible, ou qui relève d'une interprétation des juges parfois divergente, la solution demeure parfois incertaine. Les contractants doivent donc faire l'objet d'une très grande prudence dans la rédaction de leur contrat en prévoyant des solutions à un éventuel évènement bouleversant l'exécution de celui-ci.
13. Les avocats ont également un rôle dans cette crise. En effet, dans ce contentieux de masse de nombreux acteurs économiques profitent de leur position de force pour se libérer de leurs obligations. Dans l'intérêt de leurs clients, il appartient donc aux avocats de les conseiller sur les démarches à suivre, tout en proposant au juge le meilleur des différents mécanismes juridiques qui leurs sont offerts par les textes.
14. Enfin, bien que le législateur ait pris un grand nombre de dispositions exceptionnelles s'appliquant dans de nombreuses situations, il n'offre généralement que des solutions provisoires. L'acteur dont l'activité économique a été freinée ou empêchée pendant le confinement ne peut profiter que d'une courte trêve avant d'être confronté aux conséquences des mesures restrictives dont il a fait l'objet. Ainsi, le régime dérogatoire ne se substituant pas au droit commun, le justiciable est en droit d'attendre des efforts supplémentaires de son législateur, tant sur le droit substantiel que processuel afin d'assurer une meilleure uniformisation du droit et par conséquent une meilleure sécurité juridique. En effet, selon les dires du doyen Carbonnier, la principale source de sécurité juridique se trouve dans le droit lui-même, à condition qu'il soit bien pensé et formulé<sup>11</sup>. Des réformes semblent donc nécessaires face à la non prise en charge par le droit de certaines situations. Un regard sur les droits étrangers peut d'ailleurs permettre d'y trouver certaines solutions.
15. Le droit offert au justiciable se subdivise en deux catégories.
16. Tout d'abord, le droit commun, établi avant la pandémie, permet de régler nombre de contentieux. Si les mesures sanitaires semblent se rapprocher de la théorie de la force majeure et du fait du prince, ces mécanismes juridiques ne semblent pas pouvoir répondre à toutes les problématiques rencontrées par les

---

<sup>11</sup> V. en ce sens, Mekki M. « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuel ? », AJ contrat 2020, p.164.

contractants. Ils devront alors se tourner vers d'autres procédés tels que l'imprévision, la caducité ou l'exception d'inexécution. Par ailleurs, ils pourront également jouer sur l'obligation de bonne foi et de loyauté dont les ressorts sont parfois flous pouvant donner lieu à un champ d'application quasi infini.

17. C'est après l'étude de chaque outil juridique mis à la disposition du contractant que les faiblesses du droit positif se font ressentir. Certains moyens dont il est légitime d'attendre d'eux qu'ils parviennent à une solution ne sont pas applicables dans certaines situations. D'autres, se révèlent insuffisants pour répondre aux difficultés rencontrées par les parties. Enfin, leur application fait parfois l'objet d'incertitudes alors même que ces dispositifs ont fait l'objet d'une réforme récente ou sont établis depuis longue date. Certains éclaircissements s'imposent donc au contractant par le biais de la technique contractuelle en attendant une clarification du juge, et à défaut, du législateur (Titre I).
18. Face à ce constat, il est plus que nécessaire de prendre des mesures urgentes pour ne pas laisser le contractant dans l'incertitude. Les multiples ordonnances prises par le Gouvernement permettent de garantir à ceux qui en bénéficient une certaine tolérance dans l'exécution qui leur incombe. Elles demeurent cependant parfois limitées et ne pallient pas les insuffisances des dispositions de droit commun. Par ailleurs, certains acteurs économiques dominant profitent de la confusion actuelle sur l'état du droit au détriment de leurs contractants se trouvant parfois sans aucune solution satisfaisante.
19. L'appel à la bonne foi plébiscité par les avocats a également conduit à un solidarisme contractuel au détriment du contenu du contrat. Cet affaiblissement de la force obligatoire du contrat reste inquiétant puisqu'il est nécessaire à l'efficacité de celui-ci ; sans quoi il n'est qu'un engagement moral dépourvu d'effets juridiques. La menace de la sécurité juridique par ce phénomène s'explique par l'incapacité du droit à régler des impasses contractuelles où le droit ne propose aucune solution viable. Ainsi, il appartient aux juristes de prendre avec attention les différentes difficultés rencontrées par le droit pour prendre les mesures qui s'imposent afin de préserver l'Etat de droit (Titre 2).

# Titre 1. Les outils juridiques de droit commun

Le droit des obligations prévoit deux théories ayant pour fondement un changement de circonstance imprévisible malmenant la vie du contrat : la force majeure et l'imprévision. C'est naturellement sur ces hypothèses que le juriste se tourne en premier ; face à une crise exceptionnelle (Chapitre I). D'autres dispositions de droit commun permettent également au contractant d'adapter le contrat ; sans exiger pour autant l'existence d'un évènement inattendu (Chapitre II).

## Chapitre 1 : La pandémie : un évènement bouleversant l'économie du contrat

20. L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ayant pour objet de rendre plus lisible et accessible le droit des contrats a défini deux notions. La première est celle de la force majeure, désormais définie à l'article 1218, alinéa 1<sup>er</sup> du Code Civil comme un évènement imprévisible, irrésistible et extérieur qui empêche l'exécution de l'obligation contractée (Section 1). Le législateur a également profité de cette ordonnance pour consacrer la théorie de l'imprévision qui était jusque-là rejetée par la Cour de Cassation (Section 2).

### **Section 1. La force majeure**

21. Le 28 février 2020, Bruno Le Maire, ministre de l'Economie et des Finances a déclaré la Covid-19 comme un « cas de force majeure » permettant aux entreprises d'échapper aux sanctions liées aux retards dans l'exécution des contrats passés avec l'Etat. Cependant, cette déclaration ne peut être appliquée à l'ensemble des litiges liés au Covid, la reconnaissance de la force majeure relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Il convient donc de s'interroger sur l'application de la force majeure à la situation pandémique (§1) ayant des effets variés selon les circonstances (§2).

### **§1. L'étroitesse du champ d'action de la force majeure**

22. La crise pandémique et les mesures sanitaires prises par le Gouvernement ont eu pour effet d'empêcher l'exécution de certaines obligations. L'évènement soudain et inattendu auquel les débiteurs ont fait face, les a logiquement poussés à soulever la force majeure. Pour qu'un évènement soit constitutif d'un cas de force majeure, l'article 1218 du Code Civil exige que ce dernier soit imprévisible

(A) et irrésistible (B) ; abandonnant ainsi le critère d'extériorité que la Cour de Cassation avait déjà écarté avant la réforme<sup>12</sup>. En l'absence de reprise de cet élément par le législateur, il peut être retenu de cet événement qu'il doit nécessairement être « en dehors de la maîtrise du débiteur »<sup>13</sup> comme c'est le cas pour la maladie.

#### **A. L'imprévisibilité de la pandémie**

23. Un événement est imprévisible lorsqu'il ne peut être prévu à l'avance, ni même envisagé comme possible. Cette notion d'imprévisibilité cesse à la survenance de l'évènement qui, dès lors qu'il survient, devient prévisible. C'est pour cette raison que le juge, lorsqu'il détermine le caractère prévisible ou non de l'évènement doit se placer à la date de la conclusion du contrat (2).
24. L'imprévisibilité doit être vérifiée tant sur la situation sanitaire en elle-même, que sur les décisions restrictives qui s'en suivent (1).

#### **1. L'imprévisibilité de l'évènement épidémique**

25. La maladie possède un caractère aléatoire en ce qu'elle ne peut être prédite ; à l'inverse des épidémies qui peuvent parfois être prévisibles. Ainsi, les juridictions ont refusé de qualifier comme cas de force majeure, des épidémies de dengue en Martinique<sup>14</sup> ou même celle de grippe de H1N1<sup>15</sup>. En effet, les épidémies de Dengue étant récurrentes, et la seconde étant « largement annoncée et prévue, avant même la mise en œuvre de la réglementation sanitaire »<sup>16</sup>, les juges n'ont pas pu reconnaître le caractère d'imprévisibilité de ces dernières.
26. Par conséquent, le juge doit s'assurer que les critères d'imprévisibilité et d'extériorité sont bien remplis par l'évènement et ne peut se contenter de qualifier un événement de force majeure en raison de sa catégorie. Dans le contexte sans précédent qu'a connu notre pays par la mise en place d'un état d'urgence sanitaire, il est toutefois possible de considérer que certains événements qui découlent de la pandémie seront qualifiés par les juridictions de cas de force majeure.

---

<sup>12</sup> La Cour de Cassation a pu considérer que la maladie du débiteur peut constituer un cas de force majeure à condition d'être imprévisible et irrésistible, Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1998, n°96-13.316, Bull. civ., I, n°53 ; Plén. 14 avril 2008, n°02-11.168. V. plus récemment Civ, 3<sup>e</sup>, 19 sept. 2019, n°18-18.921.

<sup>13</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, Droit des obligations, 8e éd., 2016, LGDJ, n°956.

<sup>14</sup> CA Nancy, 22 nov. 2010, n°09/00003.

<sup>15</sup> CA Besançon, 8 janv. 2014, n°12/02291.

<sup>16</sup> CA Besançon, 8 janv. 2014, préc.

27. C'est ainsi que plusieurs arrêts retiennent des mesures de police administratives prises en considération de la pandémie comme cas de force majeure dès lors qu'elles empêchaient le débiteur d'exécuter son obligation<sup>17</sup>. En matière extracontractuelle, la Cour d'Appel de Colmar a pu considérer qu'être « cas contact »<sup>18</sup> revête le caractère de force majeure<sup>19</sup>.
28. S'il n'est pas certain que le caractère d'imprévisibilité puisse être admis à l'épidémie définie en son sens le plus strict, ce dernier peut être retenu en cas de contamination, de simple cas-contact ou, selon les circonstances, en raison de mesures de police<sup>20</sup>. Ainsi, les mesures de confinement ou celles limitant les déplacements sont imprévisibles.

## 2. L'influence majeure de la date du contrat

29. En raison de certaines circonstances, il est possible qu'un évènement considéré habituellement comme imprévisible, le devienne. En effet, dès lors qu'un évènement a débuté à la signature du contrat ou qu'il est probable dans sa survenance, les parties ne doivent plus pouvoir invoquer la force majeure. En effet, conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1218 du Code Civil, l'imprévisibilité s'apprécie « lors de la conclusion du contrat »<sup>21</sup>. C'est en ces circonstances que la Cour d'Appel de Saint-Denis de la Réunion a refusé de reconnaître une épidémie de Chikungunya comme cas de force majeure ; dès lors que celle-ci avait commencé avant la signature du contrat litigieux<sup>22</sup>.
30. La pandémie actuelle a pour agent pathogène le SARS-CoV-2, et aurait fait son entrée sur le territoire français le 24 janvier 2020<sup>23</sup>. A la suite de différents arrêtés annonciateurs d'une crise sanitaire, comme ceux interdisant les rassemblements<sup>24</sup> ou de la déclaration du 11 mars 2020 de l'OMS qualifiant

---

<sup>17</sup> CA Douai, 4 mars 2020, n°20/00395, dans le cas d'une annulation d'un vol par les autorités italiennes « en raison du risque de pandémie liée au coronavirus ». V. également, l'annulation d'un vol « en raison des évènements sanitaires liés au coronavirus – CA de Douai, 5 mars 2020, n°20/00400.

<sup>18</sup> Situation dans laquelle se trouve une personne ayant « été en contact avec une personne testée positive au Covid-19 ». « Que se passe-t-il quand on a été en contact avec une personne malade du Covid-19 ? », 21 mars 2020, ameli.fr

<sup>19</sup> CA Colmar, 12 mars 2020, n°20/01098.

<sup>20</sup> Les décisions prises par les autorités publiques constituent ce que l'on appelle un « fait du prince » pouvant constituer un évènement de force majeure (Civ. 1re, 29 nov. 1965, n°63-13.621).

<sup>21</sup> Le législateur reprend la formulation de la Cour de Cassation qui avait considéré que le caractère imprévisible de l'évènement devait être apprécié « lors de la conclusion du contrat » (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n°02-11.168).

<sup>22</sup> CA Saint-Denis de la Réunion, 29 déc. 2009, n°08/02114.

<sup>23</sup> Pandémie de Covid-19 en France, wikipédia.org

<sup>24</sup> Arrêté du 4 mars 2020 interdisant jusqu'au 31 mai 2020 les rassemblements en milieu clos de plus de 5000 personnes ; et, *a fortiori*, arrêté du 9 mars 2020 interdisant tout rassemblement mettant en présence de manière simultanée plus de 1000 personnes jusqu'au 15 avril.

l'épidémie de Covid-19 de pandémie<sup>25</sup>, l'imprévisibilité de certains évènements liés à la pandémie peut être contestée. En effet, les mesures de polices deviennent prévisibles dès lors qu'elles viennent renforcer une mesure ayant le même objet.

31. Le confinement, annoncé par le Président de la République puis par le Ministre de l'Intérieur, le 16 mars 2020, avait pour objet d'endiguer l'épidémie de Covid-19. Cette mesure prévue à l'origine pour quinze jours a été allongée à plusieurs reprises<sup>26</sup>, compte tenu de la saturation des lits de réanimation, et prit fin le 11 mai 2020. Ainsi, pour les contrats conclus ou renouvelés<sup>27</sup> à partir du 17 mars 2020, date à laquelle le premier confinement débuta, le caractère imprévisible du deuxième confinement est discutable. En effet, l'atténuation de la saturation des hôpitaux n'a pu être obtenu qu'à travers le confinement de la population. Cette mesure n'ayant pas permis d'éteindre dans son entièreté les contaminations et donc la pandémie, un deuxième confinement était prévisible dès lors qu'une deuxième vague était crainte des pouvoirs publics, comme des scientifiques.
32. En revanche, pour les contrats conclus avant 2020, les mesures prises par les pouvoirs publics en vue de limiter la propagation du virus restaient imprévisibles aux contractants au jour de la formation du contrat.

## **B. Une irrésistibilité restreinte à l'exécution de l'obligation**

33. L'article 1218 du Code Civil vise tout « évènement » qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Il doit donc rendre l'exécution de l'obligation impossible et non pas simplement plus onéreuse (1), ce qui conduit à admettre la force majeure qu'au profit du débiteur (2).

### **1. L'exigence d'une totale impossibilité d'exécuter**

34. A plusieurs reprises, la jurisprudence s'est montrée réticente quant à qualifier certaines épidémies comme cause de force majeure. En effet, dans le cas d'une épidémie de Dengue, les juges ont estimé que le critère d'irrésistibilité n'était pas rempli puisque la maladie « ne présentait pas de complications dans la majorité des cas » et qu'il « était possible de se protéger en permanence contre des piqûres de moustiques » par le biais de répulsif ou par le port de vêtements

---

<sup>25</sup> « Coronavirus : l'épidémie de Covid-19 considérée comme une pandémie par l'OMS, 11 mars 2020, Le Monde et AFP

<sup>26</sup> Le premier confinement devait prendre fin le 31 mars 2020 (décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des mesures de confinement). Il a été rallongé jusqu'au 11 mai 2020 à la suite du décret n°2020-293 du 23 mars 2020.

<sup>27</sup> Article 1214 alinéa 2 du Code Civil. « Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ».

longs<sup>28</sup>. De la même manière, le chikungunya n'est pas irrésistible, puisque « cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable »<sup>29</sup>.

35. Toutefois, la Covid-19, maladie parfois létale dont la propagation a eu pour conséquence des mesures restreignant la liberté de circulation des personnes peut être irrésistible. Cette irrésistibilité est caractérisée durant la période pendant laquelle le débiteur a contracté le virus puisqu'il doit alors se confiner. *A fortiori*, si l'état de santé du débiteur est tel qu'il est empêché physiquement de s'exécuter, la maladie peut également être considérée comme irrésistible. Enfin, la pandémie de Covid-19 est particulière puisque certaines mesures de police peuvent conduire à une irrésistibilité sans même que le débiteur soit lui-même sujet à la maladie (confinement).
36. Néanmoins, l'article 1218 du Code Civil évoque un devoir du débiteur : celui de prendre « des mesures appropriées » pour permettre une exécution autant que possible. Une entreprise ne peut donc pas invoquer la force majeure en raison de salariés malades ; dès lors qu'il reste possible pour elle de procéder à des remplacements. Malheureusement, ce constat peut pousser les entreprises à manquer de prudence tant sur la qualité de leurs prestations que sur les conditions sanitaires.
37. De la même manière, l'entreprise dont le débiteur d'un premier contrat invoque la force majeure en cas d'inexécution, ne peut pas invoquer la force majeure au créancier d'un second contrat, alors même que le premier contrat contribue à la bonne exécution du second. En effet, rien n'empêche cette entreprise, de se fournir auprès d'un autre fournisseur ; quitte à ce que l'exécution soit plus onéreuse. La force majeure n'est donc pas conçue comme un outil permettant de remettre en cause des chaînes de contrats. En revanche, il pourra demander à renégocier le contrat, sur le fondement de la théorie de l'imprévision<sup>30</sup>, ou faire jouer l'article 1186 du Code Civil<sup>31</sup>.
38. Saint Thomas d'Aquin évoquait déjà l'idée selon laquelle « A l'impossible nul n'est tenu »<sup>32</sup>. La raison pousse à ce que la force obligatoire des contrats cède devant des circonstances rendant insurmontable l'exécution contractuellement

---

<sup>28</sup> CA de Nancy, 1ère chambre, 22 nov. 2010, n° 09/00003

<sup>29</sup> CA Basse-Terre, 1ère Chambre, 17 déc. 2018, n° 17/00739

<sup>30</sup> Voir *infra*. p.18.

<sup>31</sup> En cas d'indivisibilité des engagements contractuels au sein de plusieurs contrats, la disparition d'un contrat nécessaire à la réalisation d'une même opération, peut entraîner la disparition des autres contrats.

<sup>32</sup> « *ad impossibilia nemo tenetur* ».

prévue. Si l'irrésistibilité pousse à excuser l'inexécution, celle-ci doit s'entendre comme étant celle de l'élément insurmontable, qui ne peut se satisfaire d'une difficulté, même importante. La force majeure économique n'existe donc pas puisque, même plus onéreuse, l'exécution reste possible. C'est pour cette raison que la force majeure ne peut être reconnue à des obligations de payer<sup>33</sup>.

39. Ainsi, les difficultés financières mêmes sérieuses d'une entreprise ne permettent pas à elles seules de caractériser la force majeure<sup>34</sup>. Concernant le paiement de loyers commerciaux pendant la période de fermeture administrative des commerces « non essentiels », la Cour d'Appel de Versailles a donc pu sans difficulté rejeter la force majeure<sup>35</sup>. Compte tenu de ces décisions, le débiteur d'une obligation monétaire devra se pencher sur d'autres fondements.
40. En effet, dans le contexte actuel, il est possible que son cocontractant soit également en incapacité de s'exécuter. Le débiteur de l'obligation monétaire pourra alors suspendre le paiement de la créance en vertu de l'exception d'inexécution<sup>36</sup> ; la Cour de Cassation ayant retenu que la force majeure, bien qu'étant une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle n'empêchait pas l'exception d'inexécution ou la résolution judiciaire<sup>37</sup>. Par conséquent, le cas de force majeure exonérant le débiteur d'une obligation, profite également à son cocontractant qui pourra suspendre son obligation de paiement, même *a priori*.

## **2. La force majeure, outil exclusif du débiteur**

41. La Cour de Cassation avait pu retenir qu'une personne placée dans « l'impossibilité de tirer profit de la prestation à laquelle elle avait droit » en raison d'une maladie, pouvait se libérer de son obligation monétaire en raison d'un cas de force majeure<sup>38</sup>. Toutefois, l'article 1218 du Code Civil réécrit par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 conçoit la force majeure comme un événement empêchant « l'exécution de son obligation par le débiteur ».
42. C'est ainsi que la Cour de Cassation a pu considérer que la résolution du contrat pour cause de force majeure ne peut être demandée par le créancier qui n'a pas

---

<sup>33</sup> Com, 16 sept. 2014, n°13-20.306

<sup>34</sup> Soc. 20 févr. 1996, 93-42.663

<sup>35</sup> CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 6 mai 2021, 19/08848

<sup>36</sup> L'article 1220 du Code Civil permettant une suspension de l'exécution de l'obligation « dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle ».

<sup>37</sup> Civ., 14 avr. 1891 : DP 1891, I, p.329, note Planiol cité par M. Storck, Fasc. Unique : Contrat – Inexécution du contrat, Exception d'inexécution, Jurisclasseur Civil Code, 4 mai 2017, n°40

<sup>38</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1998, n°96-13.316

pu profiter de la prestation qui lui était due<sup>39</sup>. La force majeure est donc admise au seul profit du débiteur. Cette solution est d'autant plus discutable dans une période où chacun ne peut être assuré de ne pas être contraint de se confiner au jour de la prestation.

43. Avant la pandémie, Monsieur Cyril Grimaldi soulignait déjà l'injustice que représentait le refus de reconnaître la force majeure au profit du créancier, dépourvu de tout outil lui permettant de ne pas s'exécuter ou d'obtenir la restitution de ce qu'il avait fourni sans même profiter de la contrepartie<sup>40</sup>. En effet, il est injuste qu'un débiteur puisse se prévaloir d'un évènement que le créancier ne peut désormais plus soulever depuis la réforme de 2016. Si dans les deux cas, la force majeure tire son fondement sur un même évènement, la distinction s'explique par une cause différente : le débiteur l'invoque en raison de son impossibilité d'exécuter une obligation alors que le créancier l'utilise du fait de son impossibilité de jouir de son droit.
44. Néanmoins, ne pas accorder au créancier la possibilité de soulever la force majeure revient à nier le caractère commutatif du contrat. Pour rappel, le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit<sup>41</sup>. Or, avec la solution actuelle, lorsque le créancier ne peut profiter de la prestation qu'il reçoit, demeure tenu de son engagement. L'obligation de chacune des parties n'est donc plus regardée comme la contrepartie de l'autre ; dénaturant le caractère commutatif du contrat. C'est d'ailleurs pour ne pas rompre ce caractère voulu par les parties au jour de la formation du contrat, que le créancier est libéré de son obligation lorsque le débiteur est empêché par un cas de force majeure<sup>42</sup>.
45. Ce procédé permet de conserver une part d'équité dans le contrat. La force majeure permet au débiteur de ne pas être condamné à des dommages et intérêts en raison de son impossibilité à s'exécuter. Or, il n'est pas équitable que le créancier ne pouvant profiter de son droit doive tout de même s'acquitter de son obligation<sup>43</sup>. Cette solution mène à un déséquilibre regrettable notamment

---

<sup>39</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2020, n°19-21.060

<sup>40</sup> GRIMALDI C. « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », D.2009. p.1298

<sup>41</sup> Art. 1108 al. 1<sup>er</sup> du Code Civil.

<sup>42</sup> F. Chénéde, Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, Economica, préf. A. Ghozi, 2008.

<sup>43</sup> GRIMALDI C. *op. cit.*

dans les contrats synallagmatiques où le créancier d'une prestation est le débiteur de l'autre.

46. Par ailleurs, si le nouvel article 1218 du Code Civil ne retient pas la possibilité pour le créancier de soulever la force majeure, il n'est pas certain que le législateur y soit totalement opposé. En effet, à la suite d'un arrêt du 10 février 1998<sup>44</sup>, un article L.444-8 du Code de l'Education a été ajouté afin de permettre à l'élève ou à son représentant légal, en cas de force majeure l'empêchant de suivre l'enseignement, d'obtenir la résiliation du contrat.
47. En période de pandémie, il existe un risque plus important pour le créancier de ne pas pouvoir profiter de son droit. Le champ d'application reconnu à la force majeure conduit à le laisser sans réelle protection. Le créancier devra donc se tourner vers d'autres outils telle que l'assurance<sup>45</sup>. Ainsi, dans le cas d'un billet d'avion, il est proposé au voyageur une assurance spéciale. Toutefois, les assurances prévoient généralement des clauses d'exclusion de garanties pour des évènements tels que les risques sanitaires, les émeutes ou les épidémies<sup>46</sup>. Ces assurances se limitent donc à la simple hypothèse où le voyageur contracte le virus et se retrouve dans l'impossibilité de prendre l'avion.
48. Enfin, il est aussi possible de stipuler des clauses prévoyant la situation d'empêchement rencontrée par le créancier. Les effets de celle-ci peuvent être multiples et prévoir tant la résolution du contrat que sa caducité. La réalité économique est malheureusement différente, la réservation de nombreux services se contractualisant généralement par le biais d'un contrat d'adhésion. Par conséquent, dans la majorité des cas, le créancier sera dans l'incapacité d'imposer à son contractant une clause de répartition des risques.

## **§2. Une mise en place complexe**

49. Théorie déjà reconnue par le droit romain, la force majeure fait toujours l'objet d'adaptation. En effet, pour faire face à l'épidémie, des mesures spéciales sont prises par le législateur pour l'adapter aux circonstances exceptionnelles (A). Enfin, les parties sont également tenus de prévoir certains aménagements (B).

---

<sup>44</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1998 préc. n°38

<sup>45</sup> Il devra néanmoins s'acquitter d'un coût supplémentaire et veiller aux situations pouvant donner lieu à la prise en charge de l'assurance

<sup>46</sup> DRAPIER S. « Covid-19 : force majeure et annulations de vols », LPA, n°093-094, p.11, 11 mai 2020

## **A. Les adaptations opérées sur la force majeure pour certains contrats**

50. L'article 1218 du Code Civil prévoit deux solutions différentes selon que l'empêchement soit temporaire ou définitif. Dans le premier cas, « l'exécution du contrat est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ». Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit libérant les parties de leurs obligations et donnant lieu, si nécessaire, à des restitutions.
51. Les acteurs du tourisme ou de la culture, ont vu l'ensemble de leur activité mis à l'arrêt, nécessitant une intervention du législateur. L'ordonnance du 25 mars 2020<sup>47</sup> dite ordonnance Tourisme a revu les effets de la force majeure au vu des circonstances exceptionnelles<sup>48</sup>. Pour éviter que l'ensemble des contrats passés par certains acteurs ne soient anéantis, ladite ordonnance permet au professionnel de substituer le remboursement par un avoir. Les entreprises peuvent alors garder une trésorerie et les clients peuvent soit, choisir une nouvelle prestation auprès du professionnel, soit demander un remboursement après l'écoulement d'un délai de dix-huit mois.
52. Cette ordonnance est applicable aux seuls contrats limitativement énumérés par le I. de son article 1<sup>er</sup> <sup>49</sup>. Le champ d'application de l'ordonnance est également limité dans le temps puisqu'elle ne joue que lorsque la résolution du contrat a été « notifiée entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et une date antérieure au 15 septembre 2020 ». Ainsi, les contrats devant être exécutés pendant le deuxième confinement<sup>50</sup> sont donc exclus du champ d'application de l'ordonnance<sup>51</sup>.
53. Cette protection du professionnel se fait au détriment du client<sup>52</sup> qui se voit dans l'incapacité de refuser le remboursement sous forme d'avoir. Le client ne peut alors solliciter le remboursement de ses paiements qu'à la fin de la période de validité de son avoir. Ainsi, certaines associations protectrices des

---

<sup>47</sup> Ordonnance n° 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure

<sup>48</sup> L'article L.211-14 du Code du Tourisme exigeant que le client soit remboursé de la somme versée au titre des prestations dans un délai de quatorze jours au plus tard suivant l'annulation.

<sup>49</sup> Ces contrats comprennent les forfaits touristiques, les services de voyages autres que la réservation et la vente de titres de transport sur ligne régulière et la location de meublés saisonniers, les locations de voitures, d'hébergement, ou encore les excursions.

<sup>50</sup> Du 30 octobre jusqu'au 15 décembre 2020

<sup>51</sup> L'amendement visant à prolonger le dispositif prévu par l'ordonnance jusqu'au 16 février 2021 et adopté par le Sénat, a été écarté par l'Assemblée Nationale dans la loi du 14 novembre 2020.

<sup>52</sup> Et pas simplement du consommateur puisque l'ordonnance ne se limite pas aux vendeurs de forfaits, ni aux agences de voyages mais également aux ventes de prestations isolées comme l'hôtellerie ou la location de voiture.

consommateurs<sup>53</sup> ont vu dans cette ordonnance une privation des droits reconnus aux clients des professionnels du tourisme par l'article 12 de la directive du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées<sup>54</sup>. Cette dernière leur confère le droit d'obtenir le remboursement de l'intégralité des paiements effectués au titre de contrats de voyages et de séjours résolus par le prestataire dans les quatorze jours. Une affaire est d'ailleurs pendante, le Conseil d'Etat ayant questionné la Cour de Justice de l'Union Européenne par voie préjudicielle sur la conformité de l'ordonnance du 25 mars 2020 avec la directive précitée<sup>55</sup>.

54. Les ventes de titres de transport (avion, transport maritime) ne sont pas visées par l'ordonnance puisqu'elles en font déjà l'objet d'une réglementation particulière. Ainsi, dans le cas des avions, le règlement n°261/2004 du 11 février 2014 prévoit l'obligation pour la compagnie aérienne de rembourser l'intégralité du prix du billet sur un vol annulé, même en cas de « circonstances particulièrement extraordinaires »<sup>56</sup>.
55. Toutefois, à partir du 1<sup>er</sup> mars 2020 et en cas d'annulation d'un vol pour cause de Covid-19, la Commission européenne a autorisé les compagnies aériennes à proposer un avoir valable 12 mois « sous réserve que le passager ou le voyageur l'accepte volontairement »<sup>57</sup>. Cet avoir est remboursable s'il n'est pas utilisé à l'issue de ce délai. Dès lors que l'annulation du vol est de l'initiative de la compagnie aérienne, celle-ci peut proposer, au choix du voyageur, un remboursement, un report du transport à une date ultérieure ou un avoir.
56. La Commission Européenne a cru bon de légitimer ce coup de force en obligeant le professionnel à proposer au client une nouvelle prestation (identique ou équivalente à celle annulée) pour un prix inférieur ou égal et ne donnant lieu à aucune majoration tarifaire autre que celle prévue par le contrat résolu. Cette nouvelle proposition est formée dans les trois mois à compter de la notification et demeure valable pendant dix-huit mois<sup>58</sup>. Ainsi, si l'application de l'ordonnance a

---

<sup>53</sup> Notamment, UFC-Que Choisir, ou la Confédération consommation logement et cadre de vie.

<sup>54</sup> Dir. (UE) n° 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015, JOUE du 11 déc.

<sup>55</sup> Conseil d'Etat, 1<sup>er</sup> juillet 2021, n°441663

<sup>56</sup> Entendues comme des événements de force majeure tel que des événements climatiques (tempête, éruption volcanique - CJUE 31 janv. 2013) ou des événements qui échappent au contrôle du transporteur (présence d'essence sur la piste ayant eu pour conséquence la fermeture de celle-ci - CJUE 26 juin 2019, André Moens c/ Ryanair Ltd, aff. C-159/18).

<sup>57</sup> Recommandation de la Commission européenne du 13 mai 2020 concernant des bons à valoir destinés aux passagers et voyageurs à titre d'alternative au remboursement des voyages à forfait et des services de transport annulés dans le contexte de la pandémie de COVID-19

<sup>58</sup> Ord. n° 2020-315 du 25 mars 2020 préc., art. 1er, V.

cessé le 15 septembre 2020, ses effets (durée de validité des avoirs et de la nouvelle offre) se font sentir jusqu'en juin 2022.

57. Néanmoins, tant le remboursement, que la formulation d'une nouvelle prestation se révèle être une tâche difficile. En effet, la France interdit, même aux vaccinés, le tourisme dans certains pays. Parfois, c'est même les pays d'accueil qui durcissent eux-mêmes les conditions d'accès sur leur territoire comme les Etats-Unis qui ont réduit la validité du test négatif au Covid-19 à réaliser avant l'embarquement de 72 à 24 heures<sup>59</sup>. Il peut donc parfois être compliqué de proposer un nouveau vol dès lors que l'annulation du premier contrat peut résulter d'une disposition étatique. La nouvelle proposition, se trouve alors elle aussi confrontée à cette restriction. Enfin le remboursement est rendu difficile par la baisse de productivité des compagnies en ces temps de crise<sup>60</sup>.
58. La valeur total des avoirs générés par les dispositions dérogatoires de l'ordonnance du 25 mars 2020 est estimée à 1,5 milliard d'euros. Si une partie de ces derniers ont été utilisés par les clients, le solde réel des avoirs non-consommés est estimé à 700 millions d'euros à la fin du mois de juin 2021 par le syndicat des Entreprises du voyage<sup>61</sup>.
59. Par ailleurs, le législateur a élargi cette force majeure *ad hoc* temporaire et fonctionnant sur le même mécanisme aux professionnels des spectacles et du sport<sup>62</sup>.

## **B. L'importance de la clause de force majeure**

60. La force majeure n'est pas une notion d'ordre public, de telle sorte que les parties à un contrat ont la possibilité de l'aménager<sup>63</sup>. La définition de la force majeure qui est donnée par l'article 1218 du Code Civil peut alors être étendue ou restreinte. Les parties peuvent même décider de se dispenser de la force majeure<sup>64</sup>. Il est également possible de modifier les effets de la force majeure en imposant par exemple une renégociation du contrat.
61. A l'inverse, l'épidémie ne remplissant plus le caractère d'imprévisibilité depuis le début de l'année 2020, la technique contractuelle peut permettre de faire entrer

---

<sup>59</sup> AMSILI Sophie, « Face à Omicron, les restrictions de voyage se durcissent », 1<sup>er</sup> déc. 2021, Les Echos.

<sup>60</sup> POMMIER R., Interview de Jean-Pierre Mas (EDV), « Bilan de l'été : nous ne sommes pas sortis de crise, ni même en position d'en sortir », Tourmag.com, 24 août 2021.

<sup>61</sup> EYMERY C., « Jean-Pierre Mas (EDV) : "Il n'y aura pas de tsunami d'avoirs non remboursés" », tourmag.com

<sup>62</sup> Ord. n° 2020-538 du 7 mai 2020

<sup>63</sup> Com., 8 juill. 1981, n°79-15.626.

<sup>64</sup> Article 1351 du Code Civil.

dans le champ d'application de la force majeure, les événements liés à l'épidémie. Les parties peuvent énumérer les événements qu'elles considèrent comme constitutifs de force majeure<sup>65</sup> ; qu'importe que les critères donnés par l'article 1218 du Code Civil ne soient pas respectés<sup>66</sup>.

62. La clause de force majeure est donc celle qui a pour objet d'aménager les conditions et les conséquences de la survenance d'un cas de force majeure en cours d'exécution du contrat. Elle permet aux parties de renforcer la prévisibilité dans l'exécution du contrat et transforme un contrat de « prêt-à-porter » en un contrat « sur-mesure »<sup>67</sup>. Cette clause est généralement prévue au sein des contrats de longue durée et dans les contrats internationaux. Elle est déterminante pour éviter les interprétations divergentes que peuvent susciter la jurisprudence ; notamment dans le cadre de contrats internationaux<sup>68</sup>.
63. Les rédacteurs du contrat doivent cependant faire attention à ce que la clause ne soit pas réputée non-écrite ; ce qui est le cas de la clause d'un contrat d'adhésion créant un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »<sup>69</sup>. Il en est de même de la clause abusive<sup>70</sup>. Enfin en matière commerciale, constitue une pratique restrictive de concurrence le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »<sup>71</sup> pouvant conduire à ce que la clause soit réputée non écrite.
64. Les parties aux contrats peuvent donc prévoir que la pandémie ne sera pas considérée comme un cas de force majeure.
65. En tout état de cause, il est préférable pour les parties de bien définir chaque notion. En effet, bien que l'insertion d'une clause de force majeure soit souhaitable, celle-ci aura l'effet escompté que si elle est claire et précise. Toutefois, « la pratique relève souvent une négligence des partenaires contractuels lors de la rédaction de cette clause. Cédant à la facilité des clauses de style, dont l'ambiguïté est pourtant avérée, les contractants se soucient peu

---

<sup>65</sup> CA Aix-en-Provence, 6 mars 1980, Bull. Cour d'Aix 1980/1 p. 68.

<sup>66</sup> Com. 8 juill. 1981, n°79-15.626

<sup>67</sup> MOUSSERON P., RAYNARD J., SEUBE J.-B., « Technique contractuelle », 3<sup>e</sup> éd., Francis Lefebvre, 2005, n°94 et s.

<sup>68</sup> Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso éditions, 2018, sous la direction de Frédéric BUY

<sup>69</sup> Article 1171 du Code Civil.

<sup>70</sup> La clause abusive est celle qui contribue à créer un déséquilibre dans un contrat passé entre un professionnel et un consommateur, au détriment du second - Article L.212-1 du Code de la Consommation. La sanction est la même : les clauses abusives sont réputées non écrites (article L.241-1 du Code de la Consommation).

<sup>71</sup> Articles L.442-1 et L.442-4 du Code de Commerce.

des conditions de l'exonération croyant sans doute être à l'abri d'un coup du sort »<sup>72</sup>.

66. S'il est possible de faire des listes d'évènements pouvant caractériser une force majeure, il est nécessaire que les parties prévoient, à la fois le caractère limitatif ou exhaustif de celle-ci et la nécessité ou non de remplir les conditions légales. Ainsi, dans le cas d'une épidémie, les parties peuvent faire le choix d'étendre ou non la définition de cette notion aux dispositions prises par les autorités afin d'éviter une propagation du virus. Elles peuvent également préférer rester sur une définition scientifique.
67. Le travail rédactionnel doit donc être fait avec soin et émettre toutes les hypothèses pouvant être rencontrées pendant la vie du contrat. Ainsi, dans le cas d'un contrat passé à la suite du premier confinement, les parties peuvent prévoir d'étendre la force majeure à un évènement prévisible : la crise sanitaire.
68. Dans un tel cas, celle-ci peut être rédigée de telle manière :
69. *« Tout événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur, caractérise un cas de force majeure.*
70. *Les parties ne seront pas tenues responsable des conséquences d'une inexécution en cas de force majeure.*
71. *Le critère d'imprévisibilité ne sera toutefois pas exigé pour retenir l'épidémie de Covid-19 comme cas de force majeure.*
72. *L'épidémie de Covid-19 est celle ayant pour origine le SARS-Cov-2 et des variants pouvant apparaître. Elle s'étend :*
  - *Aux conséquences sanitaires qu'une épidémie est susceptible de provoquer comme l'impossibilité physique pour le débiteur de s'exécuter,*
  - *Aux décisions prises par les autorités afin de freiner la propagation du virus tels que les mesures d'isolement, de confinement, ou de restriction kilométrique de déplacement ».*

---

<sup>72</sup> ANTONMATTEI P.-H., « Contribution à l'étude de la force majeure », LGDJ, 1192, p.131.

## **Section 2. L'imprévision**

73. En refusant le principe de l'imprévision, la Cour de Cassation avait préféré le respect de la force obligatoire des contrats au maintien d'un équilibre contractuel<sup>73</sup>. Certains auteurs ont alors vivement critiqué cette solution à l'image de Louis Josserand qui estimait au contraire que la rencontre de volontés était faussée par la survenance d'évènements extraordinaires et inattendus, bouleversant l'économie du contrat<sup>74</sup>.
74. Véritable consécration du législateur, la théorie de l'imprévision est admise pour la première fois par l'article 1195 du Code Civil modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (§1). Cette dernière offre aux parties la possibilité en cas d'échec de la renégociation, de demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin en cas de changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion de sa conclusion, et rendant l'exécution de celui-ci excessivement onéreuse pour l'une des parties. Cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres d'y déroger (§2)<sup>75</sup>.
75. Comme vu précédemment, le caractère d'irrésistibilité fait parfois défaut pour que la force majeure puisse être reconnue à la pandémie. Il n'en demeure pas moins qu'elle bouleverse l'économie du contrat, ce qui peut amener les parties à vouloir renégocier le contrat.

### **§1. Des freins légaux**

76. L'ordonnance du 10 février 2016 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ayant ainsi pour effet que les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne<sup>76</sup>. Si l'imprévision n'est donc pas applicable aux contrats formés avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 (A), elle est parfois exclue pour des contrats passés après cette date (B).

---

<sup>73</sup> Cass. Civile, 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, Grands arrêts, t. 2, 11<sup>e</sup> éd. Dalloz, n°163 : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants ».

<sup>74</sup> JOSSERAND L. « De l'esprit des droits et de leur relativité », 1927, Dalloz, n°120

<sup>75</sup> Ce qui a été le cas dans de nombreux contrats. La crise sanitaire puis la crise ukrainienne auront peut-être pour effet d'inverser la tendance.

<sup>76</sup> Art. 9 de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

## A. Le rejet de l'imprévision pour les contrats antérieurs à 2016

77. Avant la réforme et malgré les critiques, la Cour de Cassation a maintenu sa solution dans le sens d'un rejet total de la théorie de l'imprévision<sup>77</sup>. Elle a par ailleurs affirmé que « les juges ne peuvent sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties »<sup>78</sup>.
78. De ce fait, les parties à un contrat antérieur à 2016 ne peuvent demander l'imprévision. Sans procéder à un véritable revirement de sa jurisprudence, la Cour de Cassation n'a pas totalement délaissé les cocontractants victimes d'un changement de circonstances. Les parties à un contrat antérieur au 1<sup>er</sup> octobre 2016 peuvent se prévaloir de jurisprudences où les parties sont incitées à renégocier le contrat litigieux sur le fondement de la bonne foi et de l'équité, lorsque l'évolution du contexte est telle, qu'elle rend l'exécution du contrat préjudiciable pour l'une des parties<sup>79</sup>. Dans de telles situations, les juges ne s'accordent aucune possibilité de révision du contrat mais contraignent les parties à renégocier en vertu de l'exécution de bonne foi.
79. Cette solution reste néanmoins limitée puisqu'elle sanctionne uniquement le contractant qui s'oppose délibérément à toute négociation. Par conséquent, en cas d'échec dans les négociations, les juges restent sans solution pour équilibrer le contrat<sup>80</sup>. De plus, si la bonne foi peut servir à sanctionner l'abus d'une prérogative contractuelle, elle ne permet pas au juge de porter atteinte à la substance même des droits et obligations convenues entre les parties<sup>81</sup>.
80. Les palliatifs à la non-reconnaissance de l'imprévision sont donc limités puisque le juge ne peut porter atteinte au contenu du contrat<sup>82</sup>. Face à l'une des crises les plus importantes qu'ait connue la France, il est possible d'espérer du juge<sup>83</sup> qu'il s'inspire de l'ordonnance pour appliquer l'imprévision aux contrats antérieurs

---

<sup>77</sup> Cass, Civ. 15 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934

<sup>78</sup> Com. 18 déc. 1979, n°78-10.763, Bull. civ. IV, n°339

<sup>79</sup> Com. 3 nov. 1992, n°90-18.547, *Huart*

<sup>80</sup> Alors que la réforme prévoit dans le cadre de l'imprévision « qu'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 ».

<sup>81</sup> Com. 10 juill. 2007, n°06-14.768, « Les Maréchaux ».

<sup>82</sup> V. en ce sens, Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000, où la Cour de Cassation annule la décision par laquelle le juge sanctionne le contractant refusant de renégocier les modalités de paiement alors que son cocontractant « était au bord de l'asphyxie et tentait de redresser son activité ».

<sup>83</sup> Même si plusieurs jurisprudences refusent d'appliquer par anticipation l'imprévision à des contrats antérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016 : CA Aix-en-Provence, 21 juin 2016, n°15/10056, CA Paris, 15 févr. 2018, n°16/08968).

à l'ordonnance<sup>84</sup>. En effet, le principe du droit transitoire ne vaut pas pour la jurisprudence<sup>85</sup>. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, la Cour de Cassation a fait évoluer sa jurisprudence pour la faire correspondre aux dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>86</sup>. C'est de cette manière que la Cour de Cassation, par revirement de jurisprudence<sup>87</sup>, estime, même pour une promesse de vente conclue avant la réforme, que le promettant s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant contrat, sans possibilité de rétractation<sup>88</sup>

81. Cette solution semble d'autant plus nécessaire que la période entre l'entrée en vigueur de l'ordonnance et la prévisibilité de l'épidémie est relativement courte<sup>89</sup> ; de telle sorte que le jeu de l'imprévision est quasiment inexistant, là où les contractants en ont le plus besoin.

### **B. Le rejet de l'imprévision en présence de dispositions spéciales**

82. La règle spéciale écarte la règle générale<sup>90</sup>. Ainsi, il est possible que la règle édictée par l'article 1195 du Code Civil soit écartée lorsqu'elle est en concurrence avec une autre règle dont la finalité est identique.
83. De manière très claire, le Code monétaire et financier évince la théorie de l'imprévision aux titres et aux contrats financiers<sup>91</sup>. En réponse, la loi de ratification de l'ordonnance du droit des contrats a exclu l'imprévision aux instruments financiers ; ces derniers étant par nature aléatoire.
84. En cas de marché forfaitaire et notamment de l'article 1793 du Code Civil, l'entrepreneur ou l'architecte ne peut demander « aucune augmentation du prix » ; même en cas d'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux. S'il est possible d'estimer qu'en formant un tel contrat, les parties ont entendu écarter le jeu de l'imprévision, la Cour d'Appel de Douai, a considéré que l'imprévision

---

<sup>84</sup> Comme le suggère la doctrine ; voir not. BEHAR-TOUCHAIS Ma., « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial : à l'occasion de la pandémie de Covid-19 », La Semaine Juridique, Entreprise et affaires, 9 avril 2020

<sup>85</sup> Il n'existe pas de droit acquis du maintien à la jurisprudence (Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, n°98-11.982).

<sup>86</sup> Voir not. Cass. Mixte, 24 février 2017, n°15-20.411 : « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance (...) du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat » ; obs. AJ contrat 2017 p.175 note Houtcieff ; mais aussi Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 sept. 2017, n°16-12.906, Cass. Soc. 21 sept. 2017, n°16-20.103, Cass. Com., 6 déc. 2017, n°16-19.615

<sup>87</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, *Consorts Cruz*, qui retenait que la rétractation de la promettante excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir.

<sup>88</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 juin 2021, n°20-17.554

<sup>89</sup> L'imprévision pour cause de Covid-19 est valable uniquement pour les contrats passés entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 jusqu'au début de l'année 2020.

<sup>90</sup> Les lois spéciales dérogent aux lois générales : « *specialia generalibus derogant* »

<sup>91</sup> Article L.211-40-1 du Code monétaire et financier

était écartée en raison de « règles spéciales »<sup>92</sup>. C'est également sur ce même fondement que les juges refusent d'appliquer l'imprévision au bail commercial<sup>93</sup>, écartée par l'article L.145-37 du Code de Commerce prévoyant la révision triennale. Cette solution reste surprenante ; la modification périodique d'un loyer n'ayant que peu de rapport avec la révision d'un contrat à la suite du bouleversement de l'économie du contrat ayant pour origine un événement imprévisible<sup>94</sup>.

85. Les parties doivent donc veiller à ce que l'imprévision soit invoquée uniquement en cas d'exécution « excessivement onéreuse ». Elles doivent donc différencier l'augmentation périodique du loyer avec l'exécution devenue excessivement onéreuse à la suite d'un évènement exceptionnel.
86. Elles doivent l'utiliser que dans le cas où l'exécution est devenue si onéreuse qu'elle en devient impossible économiquement. En effet, l'imprévision ne peut pas être invoquée à la suite de circonstances ayant eu pour effet de rendre la prestation offerte plus onéreuse que le prix payé. Elle ne peut pas non plus l'être lorsque le contrat est devenu moins rentable que prévu<sup>95</sup>.
87. Le Code Civil limite l'imprévision à l'exécution « excessivement onéreuse ». Cette précision tend à réduire son application. Celle-ci se limite donc aux situations d'augmentation du coût de la prestation que de la diminution de la valeur de la contre-prestation<sup>96</sup>. Aussi, le partenaire commercial dont la rémunération dépend de clauses d'objectifs, ne peut pas invoquer l'imprévision alors même que l'échec dans l'atteinte des résultats résulte d'un évènement imprévisible<sup>97</sup>. A défaut de clause dans le contrat, la partie lésée devrait pouvoir se tourner vers le juge qui vérifie que les objectifs à atteindre sont « atteignables »<sup>98</sup>. Par ailleurs, la Cour d'Appel de Paris a déjà estimé que les

---

<sup>92</sup> CA Douai, 23 janv. 2020, n°19/01718

<sup>93</sup> CA Versailles, 12 déc. 2019, n°18/07183.

<sup>94</sup> En ce sens, v. MEKKI M., « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, 20 janvier 2017, p.155

<sup>95</sup> En ce sens, v. MEKKI M., « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », AJ Contrat 2020 p. 164

<sup>96</sup> En ce sens, v. ANCEL P., « Imprévision – Droit positif français après la réforme », RDC, mai 2017, §75.

<sup>97</sup> Par exemple, le distributeur qui doit atteindre un certain chiffre d'affaires chaque mois, peut voir sa rémunération annuelle impactée, dès lors qu'il n'atteint pas les objectifs sur un trimestre de l'année (notamment pendant les périodes de restriction).

<sup>98</sup> Cass., Com., 13 mai 1997, n°95-14.035, dans le cas d'une clause d'approvisionnement minimum contenue dans un contrat de distribution sélective ne présentant pas de caractère « raisonnable ».

objectifs contractuellement prévus devaient être redéfinis en raison de l'évolution de la conjoncture économique<sup>99</sup>.

## **§2. L'importance de la technique contractuelle**

88. L'incertitude pesant sur la révision judiciaire peut motiver les parties à écarter (A) ou aménager (B) l'éventuelle imprévision pouvant survenir pendant l'exécution du contrat. Comme pour la clause régissant la force majeure, les parties devront veiller à ne pas tomber dans la clause abusive ou, dans le cadre d'un contrat d'adhésion, à ne pas créer un déséquilibre significatif.

### **A. Le rejet de l'imprévision par les parties**

89. L'article 1195 du Code Civil ayant une nature supplétive de volonté, il est loisible aux parties d'écarter le jeu de l'imprévision. En effet, l'imprévision s'applique à la partie « qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Les parties devront donc bien identifier les limitations ou les interdictions du droit d'accès au juge ; de telle sorte que la clause s'interprète de manière stricte, dès lors qu'elle forme une exception à un principe fondamental. Ainsi, face à la mise en arrêt inédite de l'économie, l'exclusion contractuelle de l'imprévision devrait parfois pouvoir être évincée par celui qui l'invoque, l'exécution du contrat étant devenu si onéreux qu'il n'aurait pas accepté d'en assumer le risque<sup>100</sup>.
90. Les parties peuvent également exclure l'imprévision en prévoyant un contrat aléatoire. A l'inverse du contrat commutatif où les parties contractent en contrepartie d'une prestation considérée comme équivalente, l'équilibre contractuel du contrat aléatoire dépend d'un événement incertain. Cet équilibre étant volontairement incertain, il ne devrait pas être possible pour l'une des parties de demander la révision du contrat. Ce raisonnement suit l'adage selon lequel « L'aléa chasse la lésion »<sup>101</sup>. Or, il « chasse sans doute aussi ses succédanés »<sup>102</sup>. Cet élargissement de la lésion à l'imprévision apparaît évident dès lors que l'imprévision résulte du « déséquilibre dans l'économie du contrat qui à la différence de la lésion survient en cours d'exécution »<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> CA Paris, 28 mars 2012, Juris-Data n°2012-009002, dans le cas où une grave crise avait perturbé l'activité économique du contrat, de sorte que l'objectif n'était plus réalisable.

<sup>100</sup> En ce sens, v. BOLLAND-BLANCHARD A., « La clause d'imprévision dans les contrats de baux commerciaux : fallait-il une corona-vision ? », LPA, n°65, 31 mai 2020

<sup>101</sup> « Chacune des parties ayant accepté de courir une chance, aucune d'elles ne peut prétendre être lésée quoi qu'il advienne ». TERRE Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, n°69, p.8

<sup>102</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., « La notion de contrat aléatoire », Resp. civ. et ass. 2014, n°6

<sup>103</sup> CORNU G. Vocabulaire Juridique, Association Henry Capitant, 8<sup>e</sup> éd., 2007, p.472

91. En effet, réviser le contrat aléatoire reviendrait à nier la volonté contractuelle des parties de soumettre leur contrat à un aléa leur permettant de gagner plus qu'au jour de la formation du contrat<sup>104</sup>. Par conséquent, conclure un contrat aléatoire revient à inscrire une clause tacite de rejet de l'imprévision. Néanmoins, si l'évènement bousculant le contrat est sans rapport avec l'aléa prévu par le contrat ; l'imprévision doit de nouveau pouvoir être appliquée, afin de respecter la volonté contractuelle qui visait à limiter l'aléa à certains éléments<sup>105</sup>. L'imprévision ne s'appliquant pas sur l'aléa, il est donc important pour les contractants souhaitant en garder le bénéfice, de délimiter l'aléatoire du contrat.
92. Ainsi, dans le cas du maître d'œuvre qui accepte de prendre à sa charge les frais de retard pouvant être liés à la météo ou aux arrêts maladies, le contrat possède une part d'aléa. Toutefois, ce dernier se limite aux évènements énoncés et ne peut être étendu au retard engendré par un confinement.
93. En effet, comme le refus d'appliquer la lésion, et par extension l'imprévision à un contrat aléatoire découle de l'impossibilité pour le juge d'évaluer les prestations réciproques, il demeure possible pour lui d'effectuer un contrôle dès lors qu'il peut « déterminer la valeur des obligations soumises à l'aléa »<sup>106</sup>.
94. L'aléa du contrat aléatoire doit donc être distingué de l'imprévision. La notion d'évènement incertain de l'article 1108 du Code Civil diffère de celle de « changement de circonstances » en ce que le premier peut être prévisible ; même s'il demeure incertain dans son amplitude. De même, « la perte » provoquée par l'aléa diffère de l'onérosité excessive.

## **B. La technique contractuelle et le déséquilibre significatif**

95. Les parties peuvent décider d'adapter le système mis en place de l'imprévision par le biais d'une clause de *hardship*. Cette dernière a pour objet d'encadrer l'application de l'article 1195 du Code Civil à partir du texte tel qu'il est. Ainsi, puisque le Code reconnaît un droit d'accès au juge dans de telles circonstances, les parties qui entendent y déroger doivent l'inscrire dans le contrat.

---

<sup>104</sup> MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., « Droit des obligations », LGDJ-Lextenso, 8e éd., 2016, n° 415, p. 213

<sup>105</sup> Voir en ce sens, BERTRAND P., « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? », D. 2016, p. 1156

<sup>106</sup> Cass., Civ., 28 févr. 1951, D.1951 jur., p. 309.

96. Tout d'abord, l'imprévision suppose un évènement<sup>107</sup>. Les parties peuvent préférer délimiter les évènements pouvant amorcer le dispositif. Elles peuvent le faire par le biais d'une énumération ce qui aura pour conséquence de rendre prévisible l'utilisation de l'imprévision ; sans permettre aux parties d'appréhender la diversité des éventualités pouvant modifier le contrat<sup>108</sup>. Elles peuvent également spécifier que l'évènement peut avoir des circonstances économiques, commerciale, industrielle ou juridique ; ou que l'évènement ne doit pas nécessairement être imprévisible ou imprévu<sup>109</sup>. Toutefois, dans une telle situation, la clause revêt au contraire un champ d'application plus large pouvant compromettre la sécurité juridique et la nature obligatoire du contrat.
97. La solution idéale reste donc de donner une définition générique de l'évènement susceptible de faire jouer l'imprévision, puis d'énumérer des cas précis. Ainsi, sans limiter l'imprévision à des situations très précises, une telle clause permet de donner une certaine visibilité aux contractants<sup>110</sup>.
98. La clause de *hardship* peut également prévoir des dispositions relatives au bouleversement économique du contrat, aux modalités de déclenchement de la clause, aux modalités de la renégociation ou de la résiliation du contrat.
99. Les parties peuvent également exclure l'imprévision en prévoyant une clause de renégociation ou d'indexation<sup>111</sup> afin d'éviter qu'une des parties ne souffre de la survenance d'un tel évènement<sup>112</sup>. Ils peuvent ainsi prévoir que :
100. « *Les parties renégocieront les prix contractuellement prévu chaque année. Cette négociation interviendra 1 mois avant le terme de chaque période de douze mois. Les modifications de prix prendront effet à la date d'anniversaire du contrat. En cas d'échec des négociations, le contrat prendra fin au terme de l'année concernée* ».

---

<sup>107</sup> Entendu comme étant un « changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat ».

<sup>108</sup> Par exemple, « si le fuel-oil rendu à destination vient à subir une hausse de plus de 6 FF la tonne par rapport à la valeur initiale, les parties se rapprocheront pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat (prix ou autre clause) » - Cour d'Appel de Paris, 28 sept. 1976, JCP G 1978.

<sup>109</sup> Pour de nombreux exemples, Fontaine M. DE LY F. « Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction des clauses, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2003, p.500

<sup>110</sup> V. sur ce point, BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA J.-C., « Les principales clauses des contrats d'affaires », 2e éd., 2018, LGDJ, Lextenso éditions

<sup>111</sup> Les parties devront toutefois veiller à ne pas prendre pour référence, un indice qui n'est pas directement lié à l'objet de l'opération ou à l'activité des parties, conformément à l'article L.112-2 du Code Monétaire et financier

<sup>112</sup> BUCHER C.-E., « Les clauses portant sur l'imprévision », CCC, n°3, mars 2019.

101. La clause d'indexation peut quant à elle prévoir que : « *Les prix varieront selon les fluctuations de l'indice ...* ». Ces propositions de rédactions permettent aux contractants de garder un équilibre contractuel sans être contraint par les éléments légaux de l'imprévision.

## Chapitre 2 : Les dispositions de droit commun et la crise pandémique

102. Le formalisme et la rigueur imposés par le droit romain font l'objet d'une atténuation par l'obligation pour les parties d'exécuter le contrat de bonne foi (Section 1). Les parties peuvent donc s'en prévaloir pour adapter le contrat aux événements inédits que représentent l'épidémie. En l'absence de compromis, les parties pourront se tourner vers les solutions liées à l'inexécution du contrat (Section 2).

### Section 1. Le devoir de bonne foi et de loyauté

103. La bonne foi demeure une notion souple pouvant donner lieu à des solutions divergentes. Elle est également un outil majeur pour les parties qui peuvent l'utiliser de manière supplétive lorsque la force majeure ou l'imprévision ne s'appliquent pas (§1). Elle peut être rapprochée de certaines dispositions du Code Civil impliquant une certaine loyauté dans la rédaction du contrat (§2).

#### §1. L'appel au devoir de bonne foi

104. L'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi est corollaire au principe de force obligatoire et tend à écarter la notion de droit strict. Mis en application dans les circonstances épidémiques, elle permet un interventionnisme moralisateur du juge (A) pouvant remettre en cause la lettre du contrat (B).

#### A. L'obligation d'exécuter le contrat de « bonne foi »

105. Dès 1804, le Code Civil prévoyait une obligation pour les parties d'exécuter les contrats de bonne foi. Cette exigence qui s'est limitée à l'abus de droit jusqu'à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, a vu son champ d'application s'étendre par les juges au profit d'un contrôle de la moralité et au détriment de la volonté des parties<sup>113</sup>. Ce devoir a été promu en tant que principe général du contrat par l'ordonnance de 2016<sup>114</sup>,

---

<sup>113</sup> V. en ce sens, travaux de l'association Capitant, *La bonne foi dans les contrats*, Litec, 1994

<sup>114</sup> Article 1104 du Code Civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés et bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

et s'entend comme une obligation de loyauté et de coopération<sup>115</sup> envers ses cocontractants.

106. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'en présence d'un contexte difficile, les parties sont invitées à aménager leur contrat ; de sorte qu'un refus d'aménagement du contrat sans avoir au préalable recherché une solution peut être constitutif d'un abus<sup>116</sup>. Même lorsque la force majeure est rejetée, la jurisprudence reconnaît en la pandémie une conjoncture délicate ayant pour conséquence de rendre plus difficile l'exécution du contrat. Ainsi, sur le fondement de l'article 1104 du Code Civil, la Cour d'Appel de Riom a relevé que « les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaires une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives »<sup>117</sup>. Cette solution n'est pas anecdotique, notamment en matière de baux commerciaux<sup>118</sup>, où les preneurs ne peuvent pas invoquer un cas de force majeure pour ne pas s'exécuter en matière d'obligation de somme d'argent.
107. La bonne foi joue donc un rôle de substitut lorsque des outils juridiques ne peuvent pas être appliqués (force majeure, imprévision) permettant d'assouplir les dispositions contractuelles. Celle-ci a cependant pour objectif de maintenir le contrat et ne doit pas permettre d'obtenir « la résolution » ou « l'annulation » d'un contrat<sup>119</sup>.
108. Les cocontractants peuvent donc se tourner vers le devoir de bonne foi pour espérer aménager leur contrat à la suite de la crise. Ils doivent cependant garder à l'esprit que la mauvaise foi ne se présume pas et que celle-ci ne peut se constater du seul fait de demander au juge l'application d'un contrat valable. Malgré les interprétations ayant pu être données au fil du temps, la bonne foi demeure une notion particulière de telle sorte que son appréciation diffère selon les individus et donc selon les juges. Il est donc préférable pour eux de chercher un compromis, en réaménageant le contrat à l'amiable ; la décision unilatérale

---

<sup>115</sup> V. en ce sens : article 5.1.3 UNIDROIT : « Les parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ».

<sup>116</sup> CA Nancy, 26 sept. 2007 : D.2008, p.1120, note BOUTONNET

<sup>117</sup> CA Riom, 2 mars 2021, n°20/01418, dans le cas d'un bailleur qui avait respecté son obligation de bonne foi en proposant un report des loyers jusqu'à la fin de l'année en cours.

<sup>118</sup> Voir not. T. Com. Nancy, 16 déc. 2020, n°2020008085, TJ Paris, 18<sup>e</sup> ch., 10 juill. 2020, n°20/04516

<sup>119</sup> Civ, 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2020, n°18-26.352

d'inexécution restant un acte pouvant donner lieu à une sanction du juge pour défaut de bonne foi<sup>120</sup>.

## **B. Sanction de la mauvaise foi**

109. Avant l'ordonnance de 2016, le juge ne sanctionnait la mauvaise foi du contractant qu'en cas d'abus dans l'utilisation d'une prérogative contractuelle<sup>121</sup>. Depuis la réforme, cette bonne foi a été étendue à la renégociation. La jurisprudence reste néanmoins prudente à ne pas changer la « substance » des droits contractuels<sup>122</sup>. La bonne foi ne saurait aller à l'encontre de la force obligatoire des contrats.
110. Logiquement, la sanction au défaut de bonne foi, ne peut être la déchéance du droit substantiel, puisque cela reviendrait à porter à la substance même des droits et obligations et donc de la force obligatoire du contrat<sup>123</sup>. Par conséquent, la seule sanction concevable à ce manquement est l'allocation de dommages-intérêts<sup>124</sup>, correspondant à la réparation du préjudice subi<sup>125</sup> et ne peut aboutir à la nullité du contrat<sup>126</sup>.
111. Les juges amènent de plus en plus à renégocier le contrat en considération des circonstances épidémiques. Néanmoins, il n'est pas possible de contraindre un cocontractant à revoir son contrat. En effet, si le juge pouvait contraindre l'une des parties à revoir les dispositions contractuelles, il n'est pas certain que la liberté contractuelle soit pleinement respectée.
112. En effet, la renégociation suppose que l'une des parties cède une position favorable pour une autre qui l'est moins. Si les juges estiment qu'une partie qui refuse à engager de nouvelles négociations pourrait être de mauvaise foi, il ne faudrait pas que cette solution s'étende au refus d'une partie d'accepter la requête de son cocontractant en difficulté. Dans un tel cas, la liberté contractuelle serait ouvertement compromise et la force obligatoire des contrats fortement remise en cause.

---

<sup>120</sup> Un preneur peut donc être considéré de mauvaise foi, dès lors qu'il décide unilatéralement de suspendre le paiement des loyers « sans pour autant justifier de quelques éléments comptables » de son incapacité à s'exécuter – V. en ce sens, TJ de Lyon, Réf, ch.8, 31 mars 2021, n°20/05237

<sup>121</sup> Com. 10 juill. 2007, n°06-14.768, « *Les Maréchaux* »

<sup>122</sup> Voir not. Civ, 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, n°12-14.870

<sup>123</sup> DELPECH X. « Le devoir de bonne foi n'écarter pas la force majeure obligatoire du contrat – Cour de Cass, Com. 10 juillet 2007 », D. 2007 p.2839

<sup>124</sup> Voir not. Com., 8 mars 2005, n°02-15.783

<sup>125</sup> V. en ce sens, Com., 10 juill. 2007, *préc.* n°121

<sup>126</sup> Voir not. Civ., 3<sup>e</sup>me, 6 mai 2021, n°20-15.094

## **§2. La recherche d'un équilibre contractuel**

113. Si le droit français ne reconnaît pas la lésion, il n'est toutefois pas totalement indifférent face au déséquilibre contractuel (A). Il permet par ailleurs de modifier le contrat d'assurance pour l'adapter aux risques assurés (B).

### **A. L'équilibre du contrat**

114. Depuis 2016, l'article 1170 du Code Civil permet au juge de contrôler l'équilibre du contrat. En clair, il répute non écrite, la clause qui prive de sa substance l'obligation principale du débiteur. Cette clause qui réduit drastiquement l'obligation du débiteur est évincée, en ce que cette dernière a pour conséquence, de réduire la contrepartie de l'engagement à une infime partie de l'obligation contractuellement voulue. Cette disposition est complétée par l'article 1171 du Code Civil qui prévoit que la clause d'un contrat d'adhésion, déterminée à l'avance par l'une des parties, et qui a pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite<sup>127</sup>.
115. Un important contentieux est né à la suite de deux décisions administratives<sup>128</sup> prescrivant une interdiction d'accueillir du public pour les restaurants. En effet, depuis le début de l'épidémie, les restaurants n'ont pas pu accueillir de public pendant presque 10 mois. La compagnie AXA prévoyait dans un contrat d'assurance multirisque professionnel une clause d'exclusion prévoyant explicitement la prise en charge des pertes d'exploitation en cas de fermeture administrative à la suite d'une épidémie. Toutefois, ce contrat prévoyait aussi une clause d'exclusion de garantie précisant que la garantie n'était pas due, si à la date de la fermeture de l'établissement de l'assuré, un autre établissement dans le département faisait l'objet d'une fermeture administrative pour une cause identique.
116. Le principe même d'une épidémie consiste en la propagation d'une maladie sur un territoire. Dès lors qu'une mesure administrative a pour objet d'empêcher la propagation de celle-ci, il est donc logique, qu'elle touche une grande partie des

---

<sup>127</sup> Ces dispositions n'étant applicable qu'à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2016, les parties doivent veiller à ne pas l'invoquer si le contrat est antérieur à cette date (sauf en cas de renouvellement du contrat). Il convient alors d'invoquer l'ancien article 1131 du Code Civil, qui prévoit que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet. V. not. CA Aix en Provence, 1<sup>re</sup>, 3<sup>e</sup> ch. Réunies, 16 sept. 2021, n°21/01575

<sup>128</sup> Arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 prescrivant l'accueil du public des restaurants jusqu'au 15 avril 2020 (prolongé jusqu'au 2 juin 2020).

Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et prévoyant un second confinement. Les restaurants n'ont alors pu rouvrir que le 9 juin 2021.

établissements de même type. Dès lors, le contrat d'assurance prévoyait en cas de fermeture administrative d'un restaurant, une indemnisation, mais qui était immédiatement exclue puisque cette fermeture était nécessairement accompagnée de la fermeture d'autres restaurants. Appliquer une telle clause reviendrait donc à dire « nous assurons le risque épidémique, sauf en cas d'épidémie »<sup>129</sup>. Fort logiquement, cette clause a été rejetée par de nombreuses décisions<sup>130</sup> ; ce qui assure un certain équilibre du contrat<sup>131</sup> et une application de bonne foi du contrat.

117. Le Code des Assurances assure également une protection spéciale de l'assuré qui a permis d'écarter l'application de cette même clause d'exclusion. Certaines décisions ont déclaré nulle ladite clause<sup>132</sup> en raison d'un manquement à l'article L.112-4 du Code des Assurances qui exige de celle-ci qu'elle soit mentionnée « en caractères très apparents »<sup>133</sup>. D'autres décisions ont réputé non écrite<sup>134</sup> cette dernière au motif qu'elle n'était pas formelle et limitée<sup>135</sup> car elle se référait à des critères imprécis ne permettant pas à l'assuré de les identifier<sup>136</sup>.
118. Même si ce contentieux n'est pas passé par la Cour de Cassation, la solution applicable à ce dernier ne fait plus de doute ; de telle sorte que le justiciable doit s'assurer que la clause d'exclusion ne lui permettant pas d'être indemnisé ne se heurte pas à une disposition du Code Civil ou du Code des Assurances.

---

<sup>129</sup> BERTON F., « Interprétation des clauses du contrat d'assurance sur l'indemnisation en période de pandémie », [berton-associes.fr](http://berton-associes.fr)

<sup>130</sup> Voir not. Tribunal de Commerce d'Aix en Provence, 30 nov. 2020, n°2020/007326, Tribunal de Commerce de Perpignan, 12 janvier 2021, n°2020J289, Tribunal de Commerce de Paris, 18 février 2021, n°2020033800, Cour d'Appel d'Aix en Provence 25 févr. 2021, n°20/10357, S.A. AXA France IARD c. S.A.S. LE P, Tribunal de Commerce de Montpellier, 15 avril 2021, n°21/00434, Tribunal de Commerce de Versailles, 7 mai 2021, n°2021F00147, CA Aix en Provence, 20 mai 2021, n°20/13305 et 20/08317, 28 avril 2022, n°21/08193

<sup>131</sup> La clause d'exclusion vidant le contrat de son contenu en réduit la garantie à néant

<sup>132</sup> V. not. Tribunal de commerce d'Annecy, 22 déc. 2020, n°2020R00066, Tribunal de Commerce de la Rochelle, 9 avril 2021, n°2021000

<sup>133</sup> Elles doivent « sauter aux yeux ». PICARD M., BESSON A, Les assurances terrestres, t.1, Le contrat d'assurance, LGDJ, 1982, n°55

<sup>134</sup> V. not. Tribunal de Commerce de Paris, 22 mai 2020, n°2020017022, Tribunal de commerce de MARSEILLE, 15 octobre 2020, n°2020F00894, Tribunal de commerce de LA ROCHELLE, 9 avril 2021, n°2021000, Tribunal de commerce de SAINT-ETIENNE, 6 mai 2021, n°2021J00010, Tribunal de commerce de VERSAILLES, 3<sup>e</sup> chambre, 7 mai 2021, n°2021F00147

<sup>135</sup> La clause d'exclusion doit être précise, explicite, non équivoque, et dépourvue d'ambiguïté. Une clause est formelle si elle n'a pas besoin d'être interprétée (Civ., 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2001, n°99-10.849)

<sup>136</sup> L'épidémie ne faisant l'objet d'aucune définition par la police d'assurance.

## **B. Un devoir de renégociation (article L.113-4 du Code des assurances)**

119. A la suite du confinement, les assureurs se sont engagés dans l'effort de solidarité nationale<sup>137</sup>. Toutefois, face aux pertes d'exploitation se chiffrant à plusieurs milliards d'euros, il est clair que les assureurs n'ont pas voulu couvrir le risque épidémique ; du moins dans de telles conséquences<sup>138</sup>. Il existe aujourd'hui une différence entre l'équilibre économique recherché par l'assureur et l'application des contrats<sup>139</sup>.
120. Le contrat d'assurance est généralement annualisé, de telle sorte que les assureurs ont la possibilité d'insérer de nouvelles clauses par le biais d'avenants. Après une année 2020 couteuse et en vertu de l'article L.113-4 du Code des assurances, les assureurs ayant vu leur clause d'éviction écartée par la jurisprudence, ou ceux ne souhaitant plus indemniser les pertes d'exploitation conséquentes peuvent être amenés à modifier leur police d'assurance. L'assuré reste libre de ne pas signer l'avenant comprenant une « clause Covid » mais l'assureur pourra alors dénoncer la reconduction. Il sera alors contraint de trouver assurance chez un concurrent ; qui pourra lui opposer une telle clause, ou décider de le garantir mais pour un montant bien supérieur.
121. La liberté contractuelle conduit à ce que chaque partie soit libre de contracter ou de ne pas contracter. Toutefois, face à un monde de l'assurance qui semble ne plus vouloir indemniser de telles pertes d'exploitation, il ne semble plus vraiment possible de pouvoir s'assurer contre les pertes subies en raison du Covid-19. De la même façon, il est possible de se demander si le fait de conditionner la reconduction du contrat à la signature d'un tel avenant ne constituerait pas une violence économique prévue à l'article 1143 du Code Civil<sup>140</sup>. Toutefois, cet argument ne semble pas pouvoir aboutir puisque l'émergence de telles clauses ne sont que la conséquence de la volonté des réassureurs de « couvrir le risque de pandémie »<sup>141</sup>.
122. L'assuré se trouvant sans solution, il est contraint d'accepter soit un nouveau montant de prime, soit d'accepter l'avenant évinçant la Covid-19 de toute

---

<sup>137</sup> Discours présidentiel du 13 avril 2020 : « Je souhaite (...) que les assurances soient au rendez-vous de cette mobilisation économique ».

<sup>138</sup> MOUSTACAKIS O, « Le risque épidémique est impossible à assurer », Le Monde, 30 avril 2020

<sup>139</sup> Les assureurs n'étaient pas en capacité de déterminer le risque que représente une épidémie ; dès lors que cet événement n'a que très peu de précédents. Bien que nécessaire, l'équilibre entre le coût des différentes indemnisations et les primes d'assurance n'est donc pas maintenu.

<sup>140</sup> En réalité, l'assuré dispose tout de même d'une faculté : celle de trouver un autre assureur (mais sans la possibilité d'être assuré contre le risque épidémique).

<sup>141</sup> POULLENNEC S. « Les réassureurs refusent de couvrir le risque de pandémie », Les Echos, 13 sept. 2020

indemnisation. Pour cette raison, il serait peut-être nécessaire d'une réforme. Ainsi, une proposition de loi<sup>142</sup> visait à permettre de reconnaître les épidémies au titre des catastrophes naturelles ; permettant aux assurés d'être indemnisés sans qu'il soit nécessaire que leur police d'assurance ne garantisse un tel événement<sup>143</sup>. De plus, il est proposé de revoir le mécanisme de déclaration de l'état de catastrophe naturelle qui suppose une demande des communes ; ce qui n'est pas adapté à une épidémie d'ampleur nationale. Toutefois, le gouvernement ne semblait pas favorable à une telle modification, considérant qu'elle mettrait en péril « l'équilibre économique du régime déjà fortement mobilisé ces dernières années par les sinistres naturels extrêmes » et qu'elle « porterait atteinte de manière disproportionnée à l'équilibre économique de conventions légalement conclues »<sup>144</sup>. Il est donc peu probable qu'une telle réforme ne voit le jour.

## **Section 2. Les solutions de crises**

123. L'article 1217 du Code Civil prévoit plusieurs outils permettant au créancier de contraindre son débiteur à s'exécuter. Il peut dans un premier temps refuser de s'exécuter (§1) ou provoquer la résolution du contrat (§2).

### **§1. L'exception d'inexécution**

124. Pour s'assurer de ne pas s'exécuter sans contrepartie, il est admis que le contractant qui ne reçoit pas son dû puisse ne pas s'exécuter (A). Ce principe trouve à s'appliquer dans le contrat de bail en cas de perte de la chose louée (B).

#### **A. Le régime général de droit commun (article 1219 du Code Civil)**

125. La réforme du 10 février 2016 consacre pour la première fois l'exception d'inexécution dans le Code Civil. Pour autant, cette notion n'est pas nouvelle et était liée à l'obligation de bonne foi. Elle est définie par René Cassin comme « un moyen de défense de bonne foi, offert à quiconque est obligé en vertu d'un rapport synallagmatique sans être tenu d'exécuter le premier, et qui consiste à refuser la prestation due jusqu'à l'accomplissement de la contre-prestation

---

<sup>142</sup> Proposition de loi n°2807 tendant à instituer une contribution exceptionnelle des assureurs au soutien des entreprises fragilisées par l'épidémie de Covid-19 et portant création d'une couverture du risque de catastrophe sanitaire

<sup>143</sup> Même si une épidémie est une catastrophe naturelle, le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles ne couvre que les dommages matériels directs résultant d'une catastrophe naturelle et les pertes d'exploitation résultant de ces dommages si l'assuré est couvert pour ces pertes (V. en ce sens l'article L.125-1 du Code des Assurances). Or, la pandémie a provoqué des pertes d'exploitation mais pour des raisons autres qu'un dommage matériel.

<sup>144</sup> Réponse du Ministère de l'économie et des finances, publiées au JO du Sénat du 25 juin 2020, p.2963

incombant à l'autre partie »<sup>145</sup>. Cette définition posée bien avant la réforme reste conforme aux dispositions actuelles ; si ce n'est que cette exception peut désormais être invoquée de manière préventive<sup>146</sup>.

126. Il faut toutefois rappeler que cette exception est invoquée par le créancier à ses risques périls. En effet, sur demande du débiteur, ce moyen de défense peut être contrôlé par le juge ; de telle sorte que l'*excipiens* doit veiller à ce que son inexécution soit proportionnée à l'inexécution invoquée<sup>147</sup>.
127. L'interdiction de l'accueil du public pour nombre d'établissements par l'arrêté du 14 mars 2020 a conduit à transposer cette exception d'inexécution au paiement des loyers. En effet, le bailleur s'oblige à délivrer au preneur une chose conforme à la destination contractuelle et d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail<sup>148</sup>. En matière de bail commercial, la destination contractuelle suppose généralement l'accueil d'un public ; si bien que les preneurs pourraient être amenés à invoquer l'exception d'inexécution pour refuser de payer leurs loyers.
128. Une jurisprudence constante approuve ainsi l'utilisation de l'exception d'inexécution, même lorsque l'inexécution du cocontractant n'est pas fautive et qu'elle résulte d'un cas de force majeure<sup>149</sup>. Pour autant, la jurisprudence est globalement unanime sur la question et refuse d'appliquer l'exception d'inexécution notamment en raison d'une impossibilité temporaire d'exploitation résultant « de décisions politiques (...) sur lesquelles le bailleur n'a aucune prise »<sup>150</sup>.

## **B. La perte de la chose louée (article 1722 du Code Civil)**

129. L'article 1722 du Code Civil prévoit que si pendant la durée du bail, la chose est détruite en totalité, le bail est résilié. A l'inverse, en cas de perte partielle de la

---

<sup>145</sup> V. en ce sens CASSIN R. « L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (*exceptio non adimpleti contractus*). Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution », thèse, 1914, Recueil, Sirey, p. 440

<sup>146</sup> V. en ce sens l'article 1220 du Code Civil

<sup>147</sup> V. en ce sens, Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Chapitre IV, sous-section 1 : L'exception d'inexécution

<sup>148</sup> Art. 1719 du Code Civil

<sup>149</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1982 : Bull. civ. I, n° 205. V. aussi R. Cabrillac, Droit des obligations, 13e éd., 2018, Dalloz, n° 179 : « L'exception d'inexécution suppose une inexécution. Peu importe que cette inexécution soit totale ou partielle ; peu importe que l'inexécution soit fautive ou provienne d'un événement de force majeure ».

<sup>150</sup> CA Lyon, Ref, ch. 8, 31 mars 2021, n°20/05237. V. également TJ de Paris, 25 févr. 2021, n°18/02353, 26 oct. 2021, n°20/06292, CA Versailles, 6 mai 2021, 19/08848, CA Paris, 4 mars 2022, n°21/11534, 30 mars 2022, n°21/16710

chose, le bailleur a le choix entre obtenir une diminution du loyer ou une résiliation du bail.

130. Face à l'impossibilité de jouir du local commercial conformément à sa destination contractuelle, certains preneurs ont estimé qu'ils pouvaient soulever une perte de la chose louée pour pouvoir être libéré de leur obligation de payer les loyers. Cette obligation de payer étant la contrepartie de la jouissance du bien, il ne saurait être reproché au preneur de ne pas vouloir s'exécuter dès lors qu'il ne peut pas profiter du bien. Le preneur étant limité par la destination contractuelle, l'impossibilité absolue et définitive d'user de la chose conformément à sa destination doit être assimilée à la destruction en totalité de la chose<sup>151</sup>.
131. Néanmoins, il est nécessaire de rappeler que ces obligations du bailleur cessent naturellement en cas de force majeure ; de telle sorte qu'il ne peut être reproché une inexécution du bailleur dès lors que le défaut de jouissance paisible incombe à des événements qui lui sont extérieurs et dont il ne peut pas empêcher les effets.
132. Toutefois, la réponse de la jurisprudence n'a pas été aussi limpide. Concernant l'impossibilité pour certains preneurs d'accueillir du public les juges ont pu estimer qu'il n'y avait pas perte de la chose louée, dès lors que les locaux ne comportaient aucun dommage, qu'ils ne souffraient d'aucune non-conformité, et que l'impossibilité d'exploiter les locaux résultaient de la situation sanitaire et non pas des locaux. L'impossibilité de jouir des locaux résultait donc d'une impossibilité extérieure au contrat et non pas de la chose louée en elle-même. De plus, la rédaction de l'article 1722 du Code Civil entend la perte de la chose comme une notion définitive à l'inverse de l'interdiction d'accueil du public qui n'est que temporaire<sup>152</sup>. Il en résulte selon la Cour d'Appel de Versailles que la perte de la chose louée ne peut être accueillie<sup>153</sup>.
133. Néanmoins, le même jour, la même Cour a pu considérer dans sa formation des référés que « l'interdiction de recevoir du public dans son établissement en raison de cette situation de force majeure est aussi susceptible d'être assimilée à une

---

<sup>151</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 8 mars 2018, n°17-11.439

<sup>152</sup> V. en ce sens CA Paris, 20 déc. 1995 : « n'équivaut pas à une perte totale des lieux l'apposition de scellés puisque le bien loué reste matériellement intact et n'est soustrait que momentanément à la jouissance du locataire ».

<sup>153</sup> CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 6 mai 2021, 19/08848. V. également TJ Quimper, 8 juin 2021, n°20.01114, TJ Paris, 26 octobre 2021, n°20/06292

perte partielle de la chose louée (...) dans l'impossibilité d'y exercer son activité conformément à la destination prévue au contrat »<sup>154</sup>

134. Ainsi, la perte de la chose est accueillie différemment si elle est appréciée par rapport à l'état matériel de la chose ou si elle l'est dans une conception plus large et qui s'applique également en cas de perte juridique ; notamment si le preneur est dans l'impossibilité même temporaire de jouir de la chose. C'est d'ailleurs sur cette dernière analyse de l'article 1722 du Code Civil, que la Cour d'Appel de Douai a pu consacrer pour la première fois, l'inexigibilité des loyers COVID sur le fondement de la perte de la chose louée<sup>155</sup>.
135. Cette solution soumet l'exécution de payer à la contrepartie pour le preneur de pouvoir jouir du bien loué. Par conséquent, il y a perte de la chose dès lors que le locataire n'est plus dans la possibilité d'en faire un usage conforme à sa destination<sup>156</sup>. Même si les décisions administratives interdisant l'accueil du public pour certains commerces n'ont pas pour effet d'interdire de manière absolu l'exploitation du local loué (la vente à emporter étant autorisée), il ne saurait être imputé au preneur de ne pas avoir modifié son activité du fait de l'imprévisibilité d'une telle décision<sup>157</sup>. Cette solution favorable au preneur est davantage en adéquation avec l'esprit de l'article 1722 du Code Civil qui devrait permettre au preneur de suspendre le paiement de leur loyer. Il n'en demeure pas moins que l'efficacité réelle du moyen tiré de l'article 1722 du Code Civil ne sera confirmé qu'avec une décision de la Cour de Cassation ; qui se fait encore attendre<sup>158</sup>.

## **§2. La mise en jeu de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle**

136. La crise actuelle peut mener les contractants à la faute. En effet, même durant la pandémie, les parties au contrat doivent veiller à respecter un délai de préavis pour rompre leurs relations commerciales (A). Ils doivent en outre, respecter leurs engagements dès lors qu'aucune disposition légale ne leur permet de se libérer de cette obligation (B).

---

<sup>154</sup> CA Versailles, réf., 6 mai 2021, n°20/04284

<sup>155</sup> CA de Douai, 16 décembre 2021, RG n°21/03259

<sup>156</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 8 mars 2018, n°17-11.439 ; v. également Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 oct. 1968.

<sup>157</sup> Notamment dans le cas où la clause de destination prévoit la possibilité d'exercer tout type de commerce.

<sup>158</sup> La Troisième Chambre Civile de la Cour de Cassation ayant estimé qu'il n'y avait pas lieu de rendre un avis sur l'applicabilité des moyens tirés de la force majeure, de l'exception d'inexécution ou de la perte de la chose louée (Civ., 3<sup>ème</sup>, 6 oct. 2021, n°K21-70.013).

## A. La rupture brutale de la relation commerciale

137. Le Code de Commerce prévoit un dispositif de protection en matière de relation commerciale établie puisqu'il exige de celui qui veut rompre la relation, de respecter un délai de préavis déterminé par les usages du commerce ou des accords interprofessionnels<sup>159</sup>. Cette rupture s'applique à la relation commerciale et non pas au contrat ; ce qui fait qu'elle constitue une faute pouvant engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur<sup>160</sup>. Néanmoins, elle touche également le contrat puisque la rupture de la relation passera nécessairement par celle du contrat d'affaire.
138. Le texte exige un préavis suffisant qui permet au partenaire de s'adapter à l'évolution de ses relations d'affaires. Ce délai s'apprécie en considération du domaine des relations, de l'état de dépendance économique, ou de l'importance des échanges. Toutefois, il ne peut être supérieur à dix-huit mois. Enfin, le Code de Commerce prévoit une faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution de l'autre partie ou en cas de force majeure.
139. L'appréciation de la force majeure se fait donc au cas par cas ; en considération de la qualité de la personne à l'initiative de la rupture, de la nature des obligations contractées et des événements ayant impacté le contrat<sup>161</sup>. La pandémie de Covid-19 est donc appréciée comme cas de force majeure au cas par cas et ne doit pas servir à écarter un partenaire commercial. Le partenaire commercial à l'origine de la rupture doit donc faire preuve de vigilance et doit pouvoir apporter les preuves démontrant qu'il a pris toutes les « mesures appropriées » permettant la poursuite des relations contractuelles<sup>162</sup>.
140. La Cour d'Appel de Paris est même allée plus loin puisqu'elle a pu considérer que des difficultés économiques avérées ou une crise du secteur économique en cause puisse empêcher que la responsabilité de l'auteur de la rupture ne puisse être engagée<sup>163</sup>. La rupture brutale des relations commerciales légitime ne nécessiterait donc pas un cas de force majeure ; dès lors que la Covid-19 a eu

---

<sup>159</sup> Art. L.442-1, II du Code de Commerce.

<sup>160</sup> Com., 6 févr. 2007, n°04-13.178

<sup>161</sup> V. en ce sens, CA Paris, 26 mars 2021, n°20/13.493

<sup>162</sup> V. en ce sens, CA Lyon, 19 janv. 2022, n°21/04845, considérant qu'une rupture partielle et brutale des relations commerciales puisse nécessiter une analyse comparée des éléments, et notamment prévisionnel et chiffres d'affaires, présentés par les deux sociétés en cause sur plusieurs années.

<sup>163</sup> CA Paris, 26 mars 2021, *prec* n°161. V. également Com., 8 nov. 2017, n°16-15.285 ; Com., 12 févr. 2013, n°12-11.709.

pour conséquence de créer des difficultés économiques dans le domaine de la relation commerciale.

## **B. Le non-respect de la police d'assurance**

141. La pandémie a représenté un coût majeur pour les assurances ; en ce que nombre d'entre-elles s'étaient engagées à indemniser des pertes d'exploitation en de telles circonstances. Néanmoins, bien que d'apparence elles ont prôné une « solidarité nationale »<sup>164</sup> ; elles se sont révélées beaucoup moins coopérantes lorsqu'il s'agissait d'indemniser les assurés ; à telles point que plusieurs d'entre elles ont qualifié les conséquences de la pandémie comme inassurables<sup>165</sup>.
142. En effet, nombre d'entre elles, ont contesté des demandes d'indemnisation de leurs assurés ; alors même que leur police d'assurance prévoyait une indemnisation<sup>166</sup>. Ce procédé n'est pas sans rappeler à la faute lucrative. Présente notamment en droit de l'environnement<sup>167</sup>, en droit à l'image ou au respect de la vie privée<sup>168</sup>, ou enfin en droit de la concurrence, elle s'est retrouvée pendant la pandémie, en matière d'assurance. Elle consiste pour des acteurs économiques à réaliser volontairement une faute ; dès lors qu'il ne fait aucun doute que les bénéfices qu'elle procurera seront plus importants que les dommages et intérêts éventuels auxquels ils seront condamnés. En l'espèce, nombreux sont les assureurs qui ont refusé d'indemniser leur assurés, affirmant que le dommage provoqué par la pandémie était exclu de la police d'assurance en espérant que nombre d'entre eux ne se pourvoit pas en justice. Bien qu'elles étaient conscientes qu'elles étaient engagées à indemniser leurs assurés, les assurances ont donc préféré nier leur véritable engagement dans un but lucratif.
143. Pour éviter que les acteurs économiques utilisent sciemment ce procédé ayant pour conséquence de nier le respect de leur engagement contractuel, il est nécessaire que ce calcul économique (entre bénéfices et dommages-intérêts)

---

<sup>164</sup> AXA France a pris certaines mesures, notamment de « reporter les envois des mises en demeure chaque fois que nécessaire » afin d'aider les entreprises en difficultés. MMA suspend quant à elle les procédures contentieuses ou l'envoi automatique des mises en demeure (ACEDO S., « Coronavirus : AXA et MMA prennent des mesures spéciales pour les entreprises », 20/03/2020, [argusdelassurance.com](http://argusdelassurance.com)).

<sup>165</sup> Voir en ce sens, T. Com., Paris, 12 mai 2020, n°2020017022, qui rejette cet argument au motif que le contrat signé entre les parties n'exclut par la risque pandémique.

<sup>166</sup> AXA, Groupama et Crédit Mutuel ont notamment pu être condamné à indemniser leurs assurés. V. not. TJ Paris, ord. réf., 11 févr. 2021, n°21/50243 où Groupama est condamné à couvrir son assuré de ses pertes d'exploitation et à une résistance abusive.

<sup>167</sup> V. en ce sens, FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, p.27

<sup>168</sup> V. en ce sens, Civ., 1<sup>ère</sup>, 27 févr. 2007, n°06-10.393, selon lequel la divulgation de l'existence encore inconnu de l'enfant d'un prince, en l'absence de tout fait d'actualité ou d'intérêt général, est de nature à en empêcher la publication.

soit inversé. Il n'est pas acceptable qu'il soit rentable de ne pas s'exécuter. En 2009, les sénateurs Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE se sont donc inspirés de l'avant-projet Catala<sup>169</sup> et de l'avant-projet Terré pour proposer 28 recommandations ayant pour fonction de réformer la responsabilité civile et notamment d'instaurer des dommages-intérêts punitifs. Malheureusement, ce n'est qu'en 2017 que la Chancellerie a présenté ce projet de réforme de la responsabilité civile qui aurait en partie pour objet d'inscrire au sein du Code Civil un nouvel article 1266-1 prévoyant une amende civile. Celle-ci permettrait de condamner l'auteur d'un dommage qui a « délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie ».

144. Les avant projets n'ont donc pas totalement été suivi en condamnant non plus la faute lucrative par des dommages-intérêts punitifs mais par une amende civile. En effet, le droit français reconnaissant un principe de réparation intégrale<sup>170</sup>, les rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 ont préféré cette dernière. Fort heureusement, l'amende civile devrait avoir les mêmes effets que les dommages-intérêts et forcer les acteurs économiques à exécuter leurs engagements jusqu'au bout. En effet, la véritable différence existant entre ces deux sanctions est le bénéficiaire des sommes versées<sup>171</sup>. Elle a également pour avantage de différencier la réparation due à la suite du préjudice provoquée à la victime et la sanction opérée pour l'utilisation abusive d'un procédé illégal. L'amende permettra donc d'éviter un enrichissement de la victime d'un préjudice.

---

<sup>169</sup> « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables »

<sup>170</sup> Qui a pour conséquence que la victime ne doit pas s'enrichir par le biais de son préjudice.

<sup>171</sup> L'amende civile est versée à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public ; à l'inverse des dommages-intérêts qui sont versés à l'assuré.

## Titre 2. Les conséquences d'une crise exceptionnelle

145. Le droit a dû s'adapter rapidement à une épidémie touchant tous les secteurs possibles. Le législateur qui a pris des mesures permettant de ralentir la propagation du virus a dû prendre d'autres mesures pour contrer les conséquences dommageables provoquées par les premières. Même si ces solutions ont été utiles, elles se sont parfois révélées être insuffisantes (Chapitre 1). Il faut donc tirer les conséquences de cette pandémie pour adapter notre droit à une éventuelle crise (Chapitre 2).

### Chapitre 1 : Des solutions d'urgence instables

146. La pandémie a été source d'insécurité juridique (Section 1) forçant alors le Gouvernement à prendre des mesures afin de protéger les parties les plus faibles et notamment celles ayant été le plus impactées par les mesures gouvernementales (Section 2).

#### **Section 1. La mise en place d'une insécurité juridique**

147. La recherche par le droit d'une sécurité juridique a fortement été impactée par l'instabilité de la jurisprudence et des mesures permettant de freiner la propagation du virus (§1) mais aussi par les contractants eux-mêmes (§2).

#### **§1. L'instabilité des décisions juridiques et gouvernementales**

148. Face à une pandémie à intensité variable, les décisions gouvernementales (B) et les décisions de justice (A) ont manqué de prévisibilité empêchant les contractants de voir clair dans les solutions applicables à leurs litiges et dans la rédaction de leurs contrats futurs.

#### **A. Une jurisprudence incertaine**

149. Etant étendue sur l'ensemble du territoire français, les juridictions ont dû faire face à un contentieux de masse ayant les mêmes objets ; notamment en matière de baux commerciaux (1) et de contrats d'assurance (2). Il en résulte une incertitude du droit et de la décision applicable à chaque litige.

#### **1. Les litiges relatifs aux baux commerciaux**

150. Une grande majorité des baux commerciaux ont été impactés par la crise du Covid. Dans de telles conditions, les juges peuvent former une saisine pour avis auprès de la Cour de Cassation. En effet, l'article L.441-1 du Code de l'Organisation Judiciaire permet au juge de solliciter l'avis de la Cour de

Cassation dès lors qu'ils font face à un litige dont il résulte une incertitude dans l'application du droit<sup>172</sup>. Cette faculté du juge permet de clarifier et d'unifier le droit sur l'ensemble du territoire par le biais d'une prise de position de la haute juridiction de l'ordre judiciaire.

151. Pour éviter un nombre de saisine trop important, les litiges pouvant faire l'objet d'un tel procédé doivent présenter une difficulté sérieuse et une question de droit nouvelle présente dans de nombreux litiges. Tel est le cas de l'exigibilité ou non des loyers pendant la période de fermeture administrative imposée pendant les décrets Covid. En effet, la question est nouvelle puisque l'interdiction d'accueillir du public résulte de décrets<sup>173</sup>. Ensuite, ce litige relève un caractère sérieux dès lors qu'il y a une grande disparité dans les décisions des différents tribunaux<sup>174</sup>. Enfin, il ne fait aucun doute qu'il existe un nombre important de litiges.
152. Pour cette raison, le 9 juillet 2021, le Tribunal Judiciaire de Chartres a invité la Cour de Cassation à se prononcer par voie d'avis sur l'exigibilité des loyers COVID<sup>175</sup>. Malheureusement, la Troisième chambre civile de la Cour de Cassation a estimé qu'il n'y avait pas lieu de donner un avis<sup>176</sup> ; dès lors que le litige avait pris fin par le biais d'une transaction. Cette décision est surprenante dès lors que l'avis n'a pas un rôle consultatif uniquement pour l'affaire originaire mais permet surtout à la Cour de Cassation de proposer une lecture des dispositions applicables pour l'ensemble des litiges présents et à venir.
153. Par ce refus d'éclairer les juges du fonds, la Cour de Cassation ne remplit pas son devoir d'uniformisation du droit, entraînant une incertitude dans le droit applicable. L'Etat de droit est nié ; les justiciables ne se faisant pas appliquer la loi de la même manière par les juges. Par ailleurs, elle renforce la surcharge des divers ordres juridictionnels pour des affaires similaires alors qu'elle aurait pu

---

<sup>172</sup> Voir en ce sens annexes 1 et 2. Dans ces dernières, MARTINEZ J. et JACQUOT P. recensent les tendances par juridiction mais aussi selon les arguments invoqués par les preneurs. Apparaît alors une forte volatilité dans les décisions. « L'analyse du contentieux relatif aux « Loyers Covid », 23 février 2022, [préditice.com](https://www.preditice.com)

<sup>173</sup> Décrets n° 2020-293 du 23 mars 2020, n° 2020-423 du 14 avr. 2020, n° 2020-548 du 11 mai 2020, n° 2020-1310 du 29 oct. 2020, n° 2021-99 du 30 janv. 2021.

<sup>174</sup> Divergence entre plusieurs décisions reconnaissant une perte de la chose louée (TJ Paris, 27 oct. 2020, n°20/81.460 ; T. Com. Paris, 19 févr. 2021, n°2020047783 ; CA Douai, 16 déc. 2021, n°21/03259) et celles considérant que l'article 1722 du Code Civil ne peut s'appliquer en raison d'une impossibilité d'exploitation limitée dans le temps (CA Versailles, 12<sup>ème</sup> ch. 6 mai 2021, 19/08848 ; TJ Strasbourg, 19 févr. 2021, n° 20/00552) ou dont la cause est indifférente du comportement du bailleur (TJ Paris, 25 févr. 2021, préc. ; CA Paris, 4 mars 2022, n°21/11534).

<sup>175</sup> TJ Chartres, 6 juill. 2021, n°20/01016.

<sup>176</sup> Civ., 3ème, 6 octobre 2021, n°K21-70.013.

libérer les juges en rendant un avis clair et précis ; rendant la formation de certains appels sans intérêt.

154. Enfin, cette imprévisibilité a pour conséquence de favoriser les compromis entre les parties. Ainsi, pour éviter une procédure longue et coûteuse et une solution aléatoire satisfaisant qu'une seule partie, les parties peuvent être amenées à réaliser une transaction. Toutefois, il est fort probable que ces modes de règlements amiables profitent à la partie la plus forte ; la partie la plus faible faisant parfois l'objet de difficultés financières.

## **2. Les litiges relatifs aux assurances**

155. Concernant le contentieux relatifs aux assurances, la solution est quelque peu différente car chaque litige dépend des polices d'assurance. Toutefois, après étude des jurisprudences, il ressort de celle-ci que les mêmes clauses sont souvent invoquées à plusieurs reprises. Ainsi, dans le cas de la clause d'exclusion de garantie d'AXA, celle-ci a fait l'objet de quelques centaines de décisions en première instance en France<sup>177</sup>. Par ailleurs, les décisions se prononçant sur son sujet ne sont pas toutes unanimes. La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence a pu considérer celle-ci comme non limitée au sens de l'article L.113-1 du Code des assurances et vidant de sa substance la garantie au sens de l'article 1170 du Code Civil<sup>178</sup>. La Cour d'Appel de Lyon a estimé quant à elle que la clause est conforme aux deux textes<sup>179</sup>.
156. Il est donc certain que la Cour de Cassation aura à se prononcer sur la question ; l'assureur AXA France ayant décidé d'aller en cassation<sup>180</sup>. De plus, la majorité des décisions en appel retenant une solution inverse à celle de la Cour d'Appel de Lyon, il est probable que le restaurateur débouté dans son appel, se pourvoi lui-aussi en cassation.
157. D'autres contentieux, plus généraux, s'intéressent à la notion de fermeture administrative. En clair, certains assureurs refusent d'indemniser leurs assurés au motif que les décrets interdisent seulement l'accueil du public ; ce qui diffère de la notion de « fermeture administrative » garantie par leur police d'assurance<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> POULLENNEC S., « Perte d'exploitation : le Syndicat des indépendants incite les restaurateurs à poursuivre AXA », 7 mai 2021, Les Echos

<sup>178</sup> CA Aix-en-Provence, 25 févr. 2021, n°2021/62. V. plus récemment, 19 mai 2022, n°21/09530

<sup>179</sup> CA Lyon, 30 sept. 2021, n°20/06237

<sup>180</sup> POULLENNEC S., art. préc. n°177

<sup>181</sup> Voir not. TJ Lyon, 22 février 2021, n° 20/07503 ; TJ Rennes, 18 mai 2021, n° 21/01096.

158. Il est donc clair que des contentieux similaires sont jugés à de multiples reprises par des juridictions différentes ; et donnent lieu à des décisions divergentes. Par conséquent, il serait judicieux dans de tels cas, qu'une solution soit trouvée afin de rassembler les contentieux et trouver une voie jurisprudentielle unique ; permettant à la fois de réduire l'incertitude juridique que l'encombrement des tribunaux.
159. Il peut être fait un parallèle avec l'exception de connexité qui permet d'éviter une contrariété entre plusieurs décisions de même instance<sup>182</sup>. Ainsi, lorsque deux affaires sont portées devant deux juridictions distinctes, et qu'il existe un intérêt d'une bonne administration de la justice de les juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir au profit de l'autre<sup>183</sup>. La connexité suppose donc un lien entre les deux demandes formées devant les juridictions ; qui peut tenir à l'identité des parties mais surtout à l'identité de cause ou d'objet. Or, ces conflits portent sur des contrats d'adhésion ; de telles sortes que les clauses litigieuses sont les mêmes pour tout le territoire français. De même, les décrets instaurant les mesures administratives ayant causé la perte d'exploitation sont les mêmes dès lors qu'ils avaient une compétence nationale.
160. En réalité, ce procédé n'est pas utilisé puisque son initiative demeure aux parties ; le juge ne pouvant pas soulever lui-même une connexité<sup>184</sup>. Ensuite, les avocats des assurés ne peuvent que difficilement connaître les litiges en cours concernant la partie adverse ; ce qui les empêche également de relever une connexité. Enfin, l'assureur n'a aucun intérêt à relever lui-même d'office une connexité entre l'ensemble des affaires qui le concerne ; dès lors qu'il verrait le risque d'être condamné pour le tout fortement affermi.
161. Il existe donc une véritable impuissance de l'exception de connexité à endiguer les contrariétés pouvant survenir à l'occasion de tels contentieux. A cet effet, il serait judicieux d'établir une réforme, permettant soit aux juges, soit à différents syndicats, de pouvoir accéder à une liste mentionnant les instances en cours pour un contentieux similaire. Ils auraient alors les moyens de soulever cette nécessité de juger ensemble plusieurs contentieux ; assurant une meilleure administration de la justice.
162. Il est également possible de régler cette divergence jurisprudentielle en modifiant la portée des décisions de justice. Pour rappel, l'article 1355 du Code Civil érige

---

<sup>182</sup> V. en ce sens CA Paris, 29 nov. 2021, n°12/06307

<sup>183</sup> Article 101 du Code de Procédure Civile.

<sup>184</sup> CA Paris, 5 avril 1995, n°94/28592

comme principe l'effet relatif de l'autorité de chose jugée. Ainsi, chaque décision de justice produit un effet que s'il y a une identité de parties. C'est sur ce principe que les assureurs peuvent continuer à opposer leur clause limitative de garantie à leurs assurés alors que ces dernières se sont vues réputées non écrites dans nombres de décisions de justice. Pour éviter de tels procédés, l'article 209/B du Code Civil hongrois prévoit que la déclaration de nullité d'une clause abusive, non individuellement négociée, et figurant dans un contrat de consommation vaut également à l'égard de toute partie ayant conclu un contrat avec un professionnel utilisant ladite clause. Par conséquent, le jugement en déclaration de nullité d'une clause abusive possède une portée *erga omnes* empêchant les professionnels de profiter de ladite clause sur des contrats ayant fait l'objet d'une décision de justice à leur encontre.

163. La Cour de Justice de l'Union Européenne ne s'oppose pas à un tel effet ; et relève simplement que la décision initiale ne doit produire d'effets que pour le contrat « auquel s'appliquent les mêmes conditions générales »<sup>185</sup>. Cette possibilité encore non reconnue en France ne semble donc pas rencontrer un refus du droit communautaire ; laissant à la Cour de Cassation une grande liberté. Elle a pu par ailleurs considérer que « L'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée »<sup>186</sup>

#### **B. Des dispositions restrictives de liberté en constante évolution**

164. L'évolution de la pandémie reste incertaine dès lors qu'un nouveau variant pourrait à nouveau mettre en péril l'état sanitaire du pays. Par conséquent, les contractants doivent garder à l'esprit que de nouvelles restrictions sont encore possibles et qu'ils leur appartiennent de contractualiser en conséquence.
165. En effet, face à l'incapacité de la jurisprudence à fixer une solution claire et stable à l'ensemble d'un même contentieux, la prudence impose aux contractants de stipuler les éléments manquant à la jurisprudence pour établir une solution uniforme. Par exemple, la divergence jurisprudentielle sur l'exigibilité des loyers COVID réside notamment dans l'appréciation de la perte de la chose ; qui est tantôt appréciée comme une perte juridique de la chose ; tantôt appréciée comme une perte matérielle de celle-ci. Par le biais d'une clause de définition,

---

<sup>185</sup> CJUE, 1ère chbre, 26 avril 2012, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt, aff. C-472/10.

<sup>186</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 3 fév. 2011, n°08-14.402

les parties peuvent écarter cette versatilité et guider le juge dans sa recherche de la volonté des parties. Les juges ne pourront pas écarter l'application de cette clause au motif qu'elle vise à écarter l'application de dispositions légales ; dès lors que l'article 1722 du Code Civil n'est pas d'ordre public<sup>187</sup>.

166. Les parties peuvent également modifier les effets qu'entraîne la réalisation d'un évènement. Ainsi, ils peuvent prévoir une clause de priorité permettant d'établir une hiérarchie entre les différentes possibilités offertes au preneur en cas de destruction partielle de la chose. Ils peuvent aussi insérer une clause d'interprétation visant à soumettre la demande de résiliation du bail à un degré d'intensité de la perte partielle de la chose. Par exemple, ils peuvent prévoir que la résiliation du bail peut être demandée par le preneur, en cas de perte totale de la chose ou en cas de perte partielle lorsqu'elle celle-ci a pour conséquence de réduire de 30% le chiffre d'affaires de la société exploitante. Les possibilités sont donc infinies et permettent de réduire l'incertitude qui réside dans la survenance d'un évènement venant affecter l'exécution du contrat.
167. La technique contractuelle ne s'arrête pas à la perte de la chose louée et peut s'étendre à toutes les matières ne faisant pas l'objet de dispositions d'ordre public. Les parties peuvent ainsi décider de contourner la non-reconnaissance de la force majeure pour les obligations de payer<sup>188</sup>. Ils peuvent aussi décider de suspendre l'exécution du contrat à la fin d'une mesure restrictive de liberté, ou de l'impossibilité pour le créancier de profiter de la prestation qui lui est due. Cette clause permettra alors au créancier de bénéficier de la suspension du contrat ; ce que ne lui permet pas la force majeure.
168. La difficulté rédactionnelle réside ici dans la capacité à déterminer les mesures pouvant être mises en place par les pouvoirs publics. L'instauration d'un pass vaccinal a été la dernière mesure restrictive de liberté proposé par le Gouvernement après une multitude de restrictions de déplacements ou de rassemblements. S'il s'avère nécessaire que de nouvelles mesures soient prises pour endiguer l'évolution de la pandémie, il est possible que des mesures encore nouvelles dans leur fonctionnement soit prises ; ce qui limite la possibilité pour les contractants de les prévoir. Cette imprévisibilité dans l'exécution de leur contrat, et qui leur est totalement extérieure réduit considérablement leur sécurité juridique. Il serait toutefois contreproductif de maintenir des dispositions restrictives dans la durée uniquement dans un but de stabilité juridique. Il ne

---

<sup>187</sup> Civ., 3<sup>ème</sup> 17 déc. 2015, n°14-23385

<sup>188</sup> La jurisprudence ayant déjà reconnu la validité des clauses de force majeure dans les contrats. Com., 8 juill. 1981, n°79-15.626

semble pas non plus envisageable de considérer qu'aucune autre mesure pouvant atteindre la bonne exécution du contrat doit être prise ; les contractants ayant assez souffert des bouleversements rencontrés à cause de la pandémie.

169. La seule solution viable demeure une rédaction contractuelle assez précise pour qu'elle corresponde à la volonté des parties ; tout en restant assez souple pour qu'elle puisse s'intégrer à des mesures encore inconnues.

## **§2. Une volonté contractuelle fragilisée**

170. La volonté contractuelle, composante de la liberté contractuelle, est celle qui définit le contenu du contrat. Elle peut néanmoins être impactée par l'une des parties, au détriment de l'autre (A). Elle peut aussi l'être en raison du manque de clarté d'une disposition contractuelle (B).

### **A. L'atteinte à la liberté contractuelle (abus de position dominante)**

171. Le contrat d'assurance est généralement contracté pour une durée d'un an. Arrivé à son terme, les parties peuvent décider de la continuité du contrat, par le biais d'une tacite reconduction créant un nouveau contrat, identique au précédent. Néanmoins, l'échéance du contrat est également le moment idéal pour insérer de nouvelles clauses au contrat ; notamment si des changements de circonstances sont survenus pendant son exécution.
172. Ainsi, les assureurs qui s'étaient engagées à rembourser les pertes d'exploitation peuvent prévoir un avenant contenant une clause d'exclusion de garantie. L'assuré n'est bien évidemment pas obligé de signer l'avenant comportant une clause évinçant sa garantie en cas de nouvelle vague de l'épidémie et/ou de l'apparition d'une nouvelle épidémie. Toutefois, l'avenant au contrat prévoit que le refus de l'assuré conduira l'assureur à dénoncer la reconduction ; le contrat prenant alors fin à son échéance. L'assuré devra alors trouver un nouvel assureur qui lui opposera certainement une clause évinçant le risque épidémique<sup>189</sup>.
173. Par conséquent, si la liberté contractuelle permet à l'assuré de ne pas signer l'avenant, celle-ci se révèle limitée puisqu'il n'aura en réalité pas le choix d'abandonner sa garantie. Plus encore, il ne sera pas assuré sur l'ensemble de l'évènement épidémique ayant déjà commencé et ayant donné lieu à une indemnisation au début de cet épisode. Par le biais d'un tel avenant, l'assureur cherche à ne plus garantir le risque épidémique ; mais surtout, il cherche à se libérer d'une obligation qu'il avait préalablement consentie.

---

<sup>189</sup> V. *supra* §120 et suiv.

174. L'article 1143 du Code Civil sanctionne les abus de l'état de dépendance du cocontractant permettant d'obtenir son consentement. En effet, il est difficile de considérer que le consentement du restaurateur acceptant un tel avenant est libre et éclairé. Il est d'ailleurs plus probable que cet engagement n'aurait jamais été souscrit en l'absence d'une menace : celle de ne pas reconduire le contrat, alors même que le restaurateur n'a fait l'objet d'aucune inexécution.
175. Néanmoins, l'assureur pourra opposer qu'il est lui-même contraint par son assureur. Il pourra également affirmer que l'assuré est libre de ne pas consentir à l'avenant puisque la concurrence lui permet de trouver une autre garantie<sup>190</sup>. En clair, il n'est pas sûr que ce moyen puisse aboutir devant les juges.
176. Il serait peut-être plus conforme des volontés contractuelles de considérer l'ensemble des contraintes pouvant résulter de la pandémie comme relevant d'un seul et même évènement. En clair, il serait peut-être judicieux d'apprécier en une seule identité, tous les préjudices pouvant survenir du début jusqu'à la fin de l'épidémie. Ainsi, l'assureur serait obligé d'indemniser l'assuré jusqu'à la fin de l'épidémie dès lors que celui-ci bénéficiait, au début de l'épidémie, d'un contrat d'assurance couvrant les dommages résultant d'un tel évènement.

## **B. L'interprétation de clauses prévoyant un évènement inédit**

177. Dans l'interprétation du contrat, le juge doit faire primer l'intention des parties au sens littéral des termes du contrat<sup>191</sup>. Pour rappel, l'épidémie est une propagation d'une maladie infectieuse et contagieuse qui frappe en même temps et un même endroit un grand nombre de personnes, d'animaux ou de plantes<sup>192</sup>. La pandémie reprend les caractéristiques d'une épidémie avec une zone géographique internationale. Néanmoins, le juge ne doit pas s'arrêter à ces définitions mais doit davantage préférer le sens que les parties attribuaient à ces notions au jour de la formation du contrat.
178. Toutefois, la « pandémie » ou « l'épidémie » prévue par le contrat doit-elle s'arrêter aux seules considérations sanitaires ou doit-elle s'étendre à l'ensemble des mesures prises par les autorités ? En effet, il n'est pas certain que les parties aient envisagé l'évènement épidémique comme celui ayant les conséquences que nous connaissons.

---

<sup>190</sup> Même si en réalité, il n'est pas certain qu'il puisse trouver un nouveau contrat lui permettant d'être couvert par l'épidémie.

<sup>191</sup> Article 1188 du Code Civil

<sup>192</sup> Définition, Le Robert, 2022.

179. Cette tâche n'étant pas aisée, le législateur a ajouté que chaque clause devait être interprétée « les unes par rapport aux autres »<sup>193</sup>. Mais surtout, en cas de doute dans le sens qui doit être attribué à une clause, l'interprétation favorable au débiteur est privilégiée<sup>194</sup>, et le sens qui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun<sup>195</sup>.
180. Dans le cas d'une clause prévoyant qu'une épidémie est une cause de force majeure qu'importe son imprévisibilité, il est donc possible d'étendre cette notion aux dispositions prises afin de lutter contre cette dernière. En effet, une interprétation extensive de la notion d'épidémie permet de donner un effet à cette clause, mais surtout est favorable au débiteur qui sera libéré de son obligation.
181. De la même manière, la notion de « fermeture administrative » pose des questions quant à son interprétation. Bien que l'article L.3131-15 du Code de la Santé publique autorise le Premier Ministre à prendre par décret des mesures ordonnant la « fermeture provisoire » de certains établissements, les arrêtés du 14 mars 2020<sup>196</sup>, du 23 mars 2020<sup>197</sup> et du 1<sup>er</sup> mai 2020<sup>198</sup> mentionnent seulement que les établissements « ne peuvent accueillir du public ».
182. A peine de dénaturation, il est préférable pour les parties de définir le terme épidémique. Ils pourront ainsi limiter la notion épidémique au seul caractère médical ou au contraire l'étendre aux décisions administratives pouvant être prises en conséquence.

## **Section 2. L'instauration d'un état d'urgence sanitaire**

183. Face à une situation sanitaire inédite bouleversant l'exécution de nombreux contrats, plusieurs mesures ont dûes être prises par les pouvoirs publics. Afin de répondre aux conséquences économiques et financières provoquées par l'épidémie et *a fortiori* par les mesures prises dans le but d'en limiter la propagation, la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à

---

<sup>193</sup> Article 1189 du Code Civil

<sup>194</sup> Article 1190 du Code Civil. L'interprétation contre le créancier et en faveur du débiteur se fait uniquement dans le contrat de gré-gré. Dans le contrat d'adhésion, l'interprétation se fait contre celui qui l'a proposé.

<sup>195</sup> Article 1191 du Code Civil

<sup>196</sup> Arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 prescrivant l'accueil du public des restaurants jusqu'au 15 avril 2020 (prolongé jusqu'au 2 juin 2020).

<sup>197</sup> Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

<sup>198</sup> Décret n° 2021-541 du 1er mai 2021 modifiant le décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

l'épidémie de Covid-19 a autorisé le Gouvernement à prendre des mesures de protection par voie d'ordonnance.

184. En application de cette dernière, plusieurs ordonnances sont prises le 25 mars 2020. Outre la création d'un fonds de solidarité<sup>199</sup>, les ordonnances n°2020-306<sup>200</sup> (§1) et 2020-316<sup>201</sup> (§2) permettent aux contractants d'éviter les pénalités pouvant survenir pendant l'état d'urgence sanitaire.

### **§1. Des mesures protectrices au profit du débiteur**

185. L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 établit un régime d'exception paralysant les clauses contractuelles et prorogeant les délais. Cette disposition s'applique aux actes devant être normalement accomplis et aux délais échus pendant une période juridiquement protégée s'étalant du 12 mars au 24 juin 2020<sup>202</sup>. Elle prend donc fin pendant l'état d'urgence sanitaire qui a été prolongé par la suite. Elle ne suspend toutefois pas l'exigibilité de l'obligation contractée<sup>203</sup>.
186. Cette mesure, bien que s'appliquant au plus grand nombre, n'est qu'une protection provisoire (A) ; dont les effets ont suscité nombre de questions (B).

#### **A. Une mesure provisoire**

187. L'article 4 de l'ordonnance suspend « Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé » si ce délai a expiré pendant la période juridiquement protégée. Ces sanctions sont reportées à partir du 24 juin 2020 d'une durée égale à celle d'exécution du contrat qui a été impactée par les mesures résultant de l'état d'urgence sanitaire<sup>204</sup>. Ce système plus réaliste de la réalité qu'un mécanisme forfaitaire peut donc s'appliquer pour des contrats conclus après le début de la période juridiquement protégée. Néanmoins, ces dispositions semblent

---

<sup>199</sup> Voir en ce sens, Ord. n°2020-317 du 25 mars 2020 portant création d'un fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation

<sup>200</sup> Ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période

<sup>201</sup> Ord. n°2020-316 du 25 mars 2020, relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de Covid-19

<sup>202</sup> V. en ce sens art. 1<sup>er</sup> de l'ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 modifiée par l'ord. n°2020-560 du 13 mai 2020.

<sup>203</sup> TJ Paris, 18e ch. 2e sect., 10 juill. 2020, n° 20/04516

<sup>204</sup> V. en ce sens, art. 4, al. 2 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 modifié par l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020. Initialement, l'ordonnance offrait un « forfait » au débiteur, qui voyait les clauses et les astreintes produire leurs effets un mois après la fin de la période juridiquement protégée.

superflues dès lors que les contractants ont pu procéder eux-mêmes à l'adaptation du contrat aux circonstances exceptionnelles. Il est toutefois possible de supposer que le législateur souhaitait protéger les parties ayant signé un contrat d'adhésion sans avoir pu négocier les différentes sanctions contractuelles<sup>205</sup>. Puisqu'il existe une certaine prévision des événements à venir, les parties peuvent déroger à cette ordonnance<sup>206</sup>.

188. Cette ordonnance joue également contre les sanctions préalablement énoncées lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner une inexécution prévue à une date postérieure à la période protégée<sup>207</sup>. Logiquement, certains débiteurs d'obligation de faire auront nécessairement engendré un retard dans l'exécution de leurs obligations les empêchant inévitablement de respecter en temps et heure leur engagement. Cette extension n'a pas vocation à jouer pour les obligations de sommes d'argent dès lors que leur exécution est instantanée. Par ailleurs, les difficultés financières peuvent être réglées par les dispositions de droit commun tel que les délais de grâce ou les procédures collectives.
189. La suspension porte simplement sur les sanctions et non pas sur l'exigibilité de l'obligation. Le créancier peut donc utiliser les moyens que lui offre le droit pour obtenir l'exécution de son débiteur. S'offre à lui plusieurs facultés comme celle de l'exécution forcée ou des intérêts moratoires. Il lui est également possible de demander la résolution judiciaire du contrat ou procéder unilatéralement à cette résolution. L'exécution devra alors être assez « grave ». Toutefois, la résolution ne pourra pas être empêchée au motif que le débiteur a été empêché de remplir ses engagements par un cas de force majeure<sup>208</sup>, la résolution opérant de manière automatique.
190. Ce mécanisme suspend et reporte les sanctions normalement prévues en cas d'inexécution à une date plus pérenne. Toutefois, cette protection ne dure même pas jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire. Il semblerait que cette mesure n'a clairement pas vocation à protéger les trésoreries des sociétés puisqu'elles ne bénéficient que d'un cours répit, qui plus est n'est que partiel, ne leur permettant pas de retrouver une bonne santé financière avant d'exécuter leurs

---

<sup>205</sup> V. en ce sens, GOUZEL A, « Retour sur l'ordonnance « délais » du 25 mars 2020 et les modifications apportées par l'ordonnance du 15 avril 2020 », Dalloz actualité, 16 avril 2020

<sup>206</sup> V. en ce sens le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19. Il est donc possible de se demander si la protection accordée à la partie n'ayant pas rédigé le contrat d'adhésion sera véritablement effective.

<sup>207</sup> V. en ce sens l'alinéa 3 de l'article 4 de l'ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 modifié par l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020

<sup>208</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 13 nov. 2014, n°13-24633

engagements. Elle permet en revanche de suspendre une exécution d'obligation de faire, rendue impossible pendant la Covid. Toutefois, la nécessité d'un tel texte semble limitée puisque la force majeure devrait pouvoir être retenue dans la majorité des cas<sup>209</sup> ayant pour effet de suspendre l'exigibilité de l'obligation et non pas simplement les sanctions liées à l'inexécution.

## **B. Des limites laissant place à certaines incertitudes**

191. Si les délais légaux et réglementaires sont suspendus, il n'en est pas de même des délais contractuels. Il existe néanmoins des incertitudes entre le délai légal et le délai contractuel. Des délais peuvent en effet être prévus tant dans l'un que dans l'autre, à l'image des délais de réflexion ou de rétractation, ou de la condition suspensive.
192. Les délais de réflexions ne semblent pas suspendus compte tenu de leur nature. En effet, ils ont pour objet d'interdire la réalisation d'un acte durant une période donnée. Or, l'ordonnance ne joue que pour les actes qui « aurait dû être accompli pendant la période »<sup>210</sup> juridiquement protégée. De plus, l'ordonnance vise à accorder un délai nécessaire à l'exécution lorsque celui-ci ne semble pas avoir été suffisant compte tenu des circonstances exceptionnelles. Or, le délai de réflexion n'est pas limité et n'oblige aucunement la partie qui doit le respecter, à réaliser l'acte soumis à réflexion immédiatement après l'écoulement de la période de réflexion. Par ailleurs, l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020 est venue préciser que les délais de réflexion n'étaient pas concernés par ce dispositif.
193. Les délais de rétractation ne sont pas suspendus non plus par l'ordonnance puisqu'ils ne visent à aucune sanction. Le délai de rétractation vise simplement à pouvoir se retrouver dans la situation d'avant-contrat. Ne pas se rétracter ne peut donc pas consister en une sanction puisqu'il a pour conséquence de lier celui qui s'est abstenu à son cocontractant dans les modalités qu'il a convenu avec lui. Par ailleurs, cette exclusion des délais de rétractation a été confirmée par l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020.
194. Enfin, la condition suspensive ne s'applique logiquement pas puisqu'elle constitue simplement et clairement une disposition contractuelle. Toutefois, le doute est permis lors que le délai contractuel est également prévu par la loi. Par exemple, l'article L.313-41 du Code de la Consommation soumet l'achat d'immeuble d'habitation financé par un crédit à une condition suspensive

---

<sup>209</sup> Seuls les contrats conclus pendant la période juridiquement protégée ne devraient pas pouvoir être l'objet d'un cas de force majeure, dès lors que le critère d'imprévisibilité n'est pas rempli.

<sup>210</sup> V. en ce sens, art. 2 al. 1 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020.

d'obtention du ou des prêts assurant son financement. Certains estiment que cette condition doit est suspendue par l'ordonnance puisqu'elles constituent un acte dont la violation a pour effet de réputer la promesse comme n'ayant jamais existée<sup>211</sup>. Toutefois, il semblerait que cette condition suspensive ne doive pas s'appliquer dès lors qu'elle ne constitue, non pas une sanction, mais une protection du consommateur ; l'esprit du Code de la Consommation se tournant autour de cet objectif. Le Ministère de la Justice a par ailleurs estimé que la condition suspensive reste d'origine contractuelle, bien qu'elle soit aménagée dans un tel cas par loi<sup>212</sup>, dès lors que les parties prévoient généralement un délai supérieur à celui convenu par la loi.

## **§2. Des mesures protectrices au bénéfice des commerçants**

195. L'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 prévoit des mesures exceptionnelles au profit des « personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du covid-19 et des mesures prises pour en limiter la propagation »<sup>213</sup>. Elle vise à protéger ces acteurs qui ne peuvent « encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnels et commerciaux »<sup>214</sup> pour les loyers et charges locatives exigibles entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai de deux mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire<sup>215</sup>.
196. Ces dispositions ont été reprises par la loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020<sup>216</sup> en les soumettant à des conditions de même nature ; bien qu'elles soient moins strictes. Cette protection joue rétroactivement à compter du 17 octobre 2020 et jusqu'à deux mois à compter de la cessation des mesures de restrictions touchant l'activité.

---

<sup>211</sup> V. en ce sens MEKKI M. « De l'urgence à l'imprévu du Covid 19 : quelle boîte à outils contractuels », AJ Contrat, 2020, p. 164

<sup>212</sup> Min. Justice, fiche technique, art. 2 de l'ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 modifiée par celle du 16 avril 2020.

<sup>213</sup> Ord. n°2020-317 du 25 mars 2020 précité n°199

<sup>214</sup> Art. 4 de l'ordonnance n°2020-316 précité.

<sup>215</sup> Initialement fixée par la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 au 24 mai 2020, la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire a été repoussée jusqu'au 10 juillet 2020 par loi n°2020-546 du 11 mai 2020.

<sup>216</sup> Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire

197. Cette ordonnance met en place une véritable protection (B) dont le champ d'application est logiquement limité (A).

#### **A. Un champ d'application limité**

198. La mesure protectrice instaurée par l'ordonnance du 25 mars 2020 bénéficie aux personnes susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité mentionné par l'ordonnance n°2020-317 du 25 mars 2020 à savoir, celles qui remplissent de nombreuses conditions cumulatives définies aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du décret n°2020-371 du 30 mars 2020. En clair, elle ne profite pas aux particuliers et s'adressent aux commerçants. Dans sa rédaction initiale, ces conditions touchent tant la date de création de l'activité, le nombre de salariés, le montant du chiffre d'affaires ou encore du bénéfice imposable. Ces personnes doivent avoir fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public et avoir subi une perte du chiffre d'affaires d'au moins 50% du 1<sup>er</sup> au 31 mars 2020<sup>217</sup>.

199. Les critères d'exigibilité touchant au commerçant ont fait l'objet de nombreuses modifications. Les conditions relatives à la date de début d'activité<sup>218</sup> ou au bénéfice imposable<sup>219</sup> ont été abrogées pendant le premier confinement. Le décret n°2020-757 du 20 juin 2020 vient également abroger la condition relative au nombre de salariés. Ainsi, il appartient à ces derniers de vérifier régulièrement s'ils ne peuvent pas bénéficier de ces mesures.

200. Enfin, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les commerçants peuvent également bénéficier de cette mesure.

201. Bien qu'elles visent à protéger les commerçants, notamment les plus fragiles, ces dispositions manquent de transparence, tant par la lourdeur des textes, que par les modifications multiples et incessantes du dispositif mis en place. Ces décrets multiples ont néanmoins vocation à faire bénéficier ce régime à un nombre toujours plus grands de commerçants, face aux mesures administratives toujours plus longues et contraignantes.

---

<sup>217</sup> Par rapport à la même période de l'année dernière, ou pour les entreprises créées après le 1er mars 2019, par rapport au chiffre d'affaires mensuel moyen depuis la création de l'entreprise.

<sup>218</sup> Abrogée par le décret n°2020-552 du 12 mai 2020

<sup>219</sup> Abrogée par le décret n°2020-433 du 16 avril 2020

202. Il est d'ailleurs possible de souligner la stabilité apportée par le décret n°2020-1766 du 30 décembre 2020 qui fixe les conditions requises<sup>220</sup> permettant aux entreprises de bénéficier de la suspension temporaire des sanctions offertes par la loi du 14 novembre 2020. Un second décret a modifié les seuils énoncés par ces conditions mais uniquement pour les obligations de paiement des factures d'énergie.
203. Comme dans le cas de l'ordonnance n°2020-306, la dette entrant dans le champ d'application de ces dispositions est limitée dans le temps. Toutefois, à l'inverse de cette dernière, la dette protégée est également limitée matériellement puisqu'elle se limite aux charges liées au bail commercial. Ainsi, ce dispositif ne couvre que les dettes recouvrant les loyers ou les charges locatives relatifs aux locaux professionnels et commerciaux<sup>221</sup>.

#### **B. Une protection forte au détriment des créanciers**

204. Sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, le Parlement avait autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures visant à permettre de « reporter intégralement ou d'étaler le paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels et commerciaux »<sup>222</sup>. Le Gouvernement n'est pas allé aussi loin, les charges locatives et loyers n'étant ni reportées, ni étalées. L'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 ne vise qu'à empêcher l'exécution des pénalités pouvant être opposées au débiteur en cas du défaut de paiement de charges locatives ou des loyers relatifs aux locaux professionnels et commerciaux.
205. En revanche, une telle mesure aura sûrement les mêmes conséquences. En effet, dépourvu de leurs recettes, les preneurs préféreront sûrement reporter leurs obligations de paiement dès lors qu'aucune mesure ne pourra leur être opposé. Même si la résiliation judiciaire du bail n'est pas mentionnée par le texte, elle ne devrait pas pouvoir aboutir devant le juge dès lors que le juge conserve un pouvoir d'appréciation sur son opportunité<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> Ces dernières, bien moins strictes que celles fixées par le décret du 30 mars 2020 se rapprochent en leur nature puisqu'elles concernent le nombre de salariés, le chiffre d'affaire et la perte de chiffre d'affaire.

<sup>221</sup> V. en ce sens art. 4 de l'ord. 2020-316 du 25 mars 2020 et l'art. 14, II. de la loi n°2020-1379 du 14 nov. 2020.

<sup>222</sup> Art. 11, I, 1°, g de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

<sup>223</sup> Civ., 1ère, 4 janv. 1995, n°92-17.858

206. Réduites aux simples dettes relatives au bail commercial, ces dispositions demeurent plus favorables au « preneur » que le texte de droit commun. En effet, tant l'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 que la loi du 14 novembre 2020 ne font pas référence à une suspension ou à un report des sanctions pouvant leur être opposé en temps normal en cas de non-paiement de loyers ou de charges locatives. En réalité, les bailleurs ne peuvent jamais invoquer de telles sanctions<sup>224</sup>, et ce, même après les périodes énoncées par les textes ; celles-ci servant uniquement à identifier les dettes faisant l'objet de la mesure de protection. Ainsi, même deux mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire évoquée par l'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020<sup>225</sup>, les bailleurs ne pourront invoquer une clause pénale ou une clause résolutoire pour un impayé d'un loyer arrivé à échéance pendant la période protégée<sup>226</sup>. L'immunité mise en place est donc perpétuelle.
207. Elle n'est cependant pas infinie. En effet, les loyers et charges demeurent exigibles et peuvent donc faire l'objet d'une action en paiement. Les débiteurs devront alors tirer des dispositions de droit commun les outils leur permettant de se libérer définitivement de leurs obligations de paiement<sup>227</sup>.
208. Il est possible de s'interroger sur la suffisance des textes notamment du fait de l'habilitation du Gouvernement à élaborer des mesures plus protectrices. Il faut rappeler que sur une année, une grande partie des commerçants n'ont pas pu accueillir du public pendant presque 10 mois. La vente à emporter n'étant pas toujours possible, en raison du confinement, de la destination contractuelle du local commercial ou de l'activité exercée, certains commerçants n'ont pu tirer un revenu que pendant cinq mois. Ceux ayant pu tirer un chiffre d'affaire sans accueillir du public l'ont généralement fait pour un montant moins important. Sauf à demander au juge qu'il statue en leur faveur, les preneurs demeurent obligés de régler leurs loyers pour l'intégralité d'une année, en ayant pu en profiter qu'une partie du temps.
209. Il est donc probable que beaucoup d'entreprises ne réussissent pas à passer le cap, notamment celles qui, avant la crise, ne dégageaient qu'un faible bénéfice.

---

<sup>224</sup> L'article 4 de l'ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020 et l'article 14, II de la loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 prévoient que les preneurs « ne peuvent encourir » de sanctions.

<sup>225</sup> Soit après le 11 septembre 2020

<sup>226</sup> Du 12 mars au 11 septembre 2020

<sup>227</sup> Voir *supra* Titre 1.

## Chapitre 2 : L'influence de la pandémie sur les contrats futurs

210. La pandémie a fait l'objet de toutes les attentions pendant près de deux ans. Le droit a dû s'y préparer mais les insuffisances de certains procédés juridiques ont poussé les avocats à invoquer subsidiairement et systématiquement l'obligation de bonne foi ayant parfois pour conséquence d'adapter le contrat aux événements épidémiques. Ce phénomène engendre un solidarisme contractuel niant la force obligatoire des contrats (Section 1).
211. La pandémie a également eu pour conséquence de modifier certaines habitudes ou l'interprétation de certaines notions (Section 2).

### **Section 1. Le risque du développement d'un solidarisme contractuel**

212. La pandémie est venue sans conteste bouleverser un grand nombre de contrats. L'exécution de certaines prestations ont pu être retardée ou empêchée. Parfois, celle-ci est devenue impossible ou plus onéreuse que ce qui était contractuellement prévu. Les juges ont alors pu être tenté d'accueillir un solidarisme contractuel déjà reconnu par le passé au détriment de l'effet obligatoire des contrats (§1) et de la volonté contractuelle exprimée au jour de la formation du contrat (§2).

#### **§1. La bonne foi au détriment de la force obligatoire des contrats**

213. La loi attribue aux contrats une force contraignante. En effet, l'article 1103 du Code Civil retient que « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Par conséquent, les parties au contrat se sont engagées à l'exécution de celui-ci permettant à chacune d'entre elle d'en exiger la bonne exécution. La pandémie a toutefois eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat (A) entraînant un interventionnisme fort de la part du juge (B).

#### **A. La pandémie : événement bouleversant l'équilibre contractuel**

214. Les discours multiples des élus, les différentes mesures de protection touchant les secteurs de la culture ou du tourisme ou bien la création d'un « fonds de solidarité »<sup>228</sup> démontre la volonté politique de l'établissement d'une solidarité. Elle s'accompagne de multiples fondements permettant, sous certaines circonstances, de demander une révision du contrat. Ainsi, l'imprévision et la force majeure permettent de rétablir une certaine équité entre les obligations des parties. Même si l'admission de tels principes a pour effet d'éloigner le contrat de

---

<sup>228</sup> V. en ce sens, Ord. n°2020-317 du 25 mars 2020, *op. cit.*, n°199

ses stipulations initiales, ces procédés ont le mérite d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances et d'en permettre l'exécution ou la résolution dans des conditions légitimes. Ce sont donc des outils s'appliquant au profit des contractants imprudents et qui ont pour tâche de sécuriser la relation contractuelle.

215. Malheureusement, il arrive que ces dispositifs ne s'appliquent pas en raison de considérations extérieures à la volonté des parties. En effet, l'application de ces mécanismes suppose de remplir certaines conditions. Pour pallier cette incapacité des dispositions légales à s'appliquer à toutes les situations, le juge se tourne vers l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et donc du solidarisme contractuel.
216. La bonne foi implique que les parties aux contrats n'agissent pas dans une attitude individualiste et permet l'apparition d'une confiance entre les contractants. Les parties se doivent d'appliquer le contrat conformément à ce qui est convenu et attendu des stipulations contractuelles. L'honnêteté exigée dans la relation contractuelle impose alors des comportements négatifs, en ce sens que les contractants sont soumis à des obligations de ne pas faire. Le Code Civil reprend par ailleurs ces exigences notamment avec des règles concernant le devoir d'information<sup>229</sup> ou les vices du consentement<sup>230</sup>.
217. Le solidarisme contractuel est une théorie doctrinale encore plus exigeante selon laquelle les parties doivent collaborer entre eux, de telle sorte qu'une obligation de solidarité émerge de la relation contractuelle. Cette dernière s'ajoute aux exigences de loyauté et de bonne foi prévue à l'article 1104 du Code Civil. Néanmoins, cette extension des devoirs du contractant semble être dangereuse et tend à confondre morale et droit. Le contrat a vocation à ériger des règles de droit devant s'appliquer à des contractants ayant bien souvent des intérêts divergents. Il ne doit pas avoir vocation à créer une interdépendance entre les parties. Ainsi, « le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est non tel qu'on voudrait qu'il fût ; il n'a, au reste, pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relève de la morale »<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Art. 1112-1 du Code Civil

<sup>230</sup> Art. 1130 et suiv. du Code Civil

<sup>231</sup> Terré F., Simler P., Lequette Y. et Chénédy F., « Droit civil. Les obligations », 12e éd., 2019, Précis Dalloz, n° 49.

## B. L'immixtion plus large du juge

218. En principe, le juge ne peut « porter à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »<sup>232</sup>. Toutefois, les juges prennent parfois une certaine liberté avec ce principe. Avant même la consécration de l'imprévision par la réforme de 2016, la chambre commerciale de la Cour de Cassation a ainsi pu forcer une partie d'un contrat à sa renégociation en raison des circonstances nouvelles ayant rendu ruineuse la situation économique de l'autre partie<sup>233</sup>. A la suite de la fermeture administrative des restaurants, le Tribunal Judiciaire de Paris avait alors estimé que le bailleur ayant proposé d'aménager le paiement des loyers remplissait son obligation d'exécuter de bonne foi<sup>234</sup>. Le devoir de bonne foi qui oblige à une exécution loyale s'étend donc à celle de renégocier le contrat, ou du moins à celle d'envisager une renégociation en cas de circonstances exceptionnelles.
219. En présence de tels évènements, l'interdiction faite au juge de ne pas porter à la substance même des droits semble donc se renverser. Maître Jean Cédras, avocat général à la Cour de Cassation souligne que « le levier du solidarisme contre la lettre du contrat, c'est naturellement le juge, partout où la loi n'a rien prévu »<sup>235</sup>. Le juge ne doit pas simplement contrôler l'exécution passée du contrat mais doit également se tourner vers l'avenir afin de contribuer au maintien d'une relation contractuelle. Ainsi, il doit « imposer la renégociation au contractant dominant » lorsque des circonstances économiques l'exige.
220. La force obligatoire des contrats, véritable bouclier face à l'imprévisibilité juridique est réduit par une appréciation fluctuante de la morale par le juge. En effet, pour le même contentieux des loyers COVID, et en vertu de l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi, les juges ont pu statuer en faveur du bailleur<sup>236</sup> et du preneur<sup>237</sup>. Le pouvoir arbitraire du juge risque également d'engorger les tribunaux, la partie considérant que le contrat ne lui profite plus comme au jour de la signature du contrat sera alors tenté de demander une renégociation de celui-ci. Enfin, le juge risque d'être instrumentalisé, la partie

---

<sup>232</sup> Com., 15 déc. 2016, n°15-22844

<sup>233</sup> Com., 3 nov. 1992, n°90-18547, *Huard*

<sup>234</sup> TJ Paris, 18ème ch., 10 juil. 2020, n°20/04516

<sup>235</sup> CEDRAS J., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation », extrait de la deuxième partie du rapport annuel de 2003 de la Cour de Cassation.

<sup>236</sup> TJ Strasbourg, 19 fév. 2021, n°20/00552

<sup>237</sup> TJ Paris, 18ème ch., 10 juil. 2020, *précité* n°234. V. également TJ Limoges, 31 juil. 2020, n°20/00387, CA Paris, 3 juin 2021, n°21/01679

invoquant cette obligation de bonne foi pouvant inventer une volonté de négociation sans réellement la vouloir.

221. Par ailleurs, une dérive serait contraire à l'intérêt des contractants. Les parties ne pourraient plus se fier à l'engagement pris par leurs contractants qui à tout moment pourraient demander à revoir le contrat sur le fondement du solidarisme. La renégociation du contrat doit donc se limiter exclusivement au cas où l'une des parties subit un appauvrissement du fait de l'existence du contrat. Le simple défaut dans l'équivalence des prestations ne doit pas suffire<sup>238</sup>.

## **§2. La fragilité de l'intangibilité des dispositions contractuelles**

222. Le solidarisme contractuel touche nécessairement l'intangibilité du contrat. Corolaire de la force obligatoire des contrats, cette intangibilité consacre une consécration de l'engagement donné au jour de la formation du contrat. Cette intangibilité s'impose aux parties mais également au juge qui doit rechercher la commune intention des parties. Toutefois, le juge ne se contente plus d'honorer les stipulations contractuelles mais tente davantage de créer une coopération entre les parties alors mêmes que leurs intérêts sont parfois divergents (A). Cette orientation semble profiter à la partie la plus faible (B).

### **A. Le solidarisme contractuel au détriment des volontés contractuelles**

223. La volonté des parties possède un rôle essentiel en droit des contrats puisque c'est la rencontre de celles-ci qui permet la naissance du contrat<sup>239</sup>. Plus encore, celle-ci demeure libre dès lors qu'un contrat peut porter sur toute obligation licite et ne dérogeant pas à l'ordre public<sup>240</sup>.
224. En contractant, les parties s'obligent à l'exécution d'une obligation. Ainsi, c'est uniquement parce que les parties ont consenti à cette obligation, qu'il est possible de les forcer à s'exécuter. Par ailleurs, ce consentement est généralement le fruit de négociations ayant fixées une contrepartie à l'obligation consentie. Le consentement donné par une partie est donc le fruit d'un processus de mise en perspective des différents intérêts et inconvénients à s'engager auprès d'un cocontractant. Il demeure donc protégé par un principe d'intangibilité du contrat qui a pour objet de conserver les volontés émises au jour de la formation du contrat. Bien évidemment, ce principe est soumis à des tempéraments

---

<sup>238</sup> Art. 1168 du Code Civil

<sup>239</sup> Art. 1113 du Code Civil

<sup>240</sup> Art. 1102 du Code Civil

notamment lorsque l'économie du contrat est bouleversée, si bien que l'une des parties n'aurait pas contracté dans ces conditions.

225. La théorie classique de l'autonomie de la volonté se relève de moins en moins efficace, une grande partie des contrats étant d'adhésion. La volonté contractuelle n'est donc plus celle d'antan, long fruit d'une réflexion entre avantages et inconvénients. Le contrat est désormais le résultat de l'acceptation d'une offre, non négociable et entraînant nécessairement une inégalité dans le contrat. La partie la plus forte ayant à sa charge la rédaction du contrat, le déséquilibre économique entraîne souvent un déséquilibre contractuel. C'est pour cette raison que le législateur élabore des protections toujours plus nombreuses, à travers l'interprétations des clauses du contrat d'adhésion<sup>241</sup>, ou par le biais du droit de la consommation.
226. Par conséquent, le contrat ne peut pas être parfaitement égalitaire. C'est d'ailleurs pour cette raison que la lésion, sauf exception, n'est pas reconnue en droit français. Sur cette idée, le juge ne doit pas chercher à rendre un contrat équitable dès lors que le contrat n'est pas un échange fondamentalement équitable mais davantage un point d'équilibre entre les intérêts des parties.

## **B. La bonne foi au bénéfice de la partie la plus faible**

227. Face à l'insuffisance des éléments des mécanismes juridiques à adapter la situation contractuelle à la survenance de la crise, les avocats plaident naturellement la bonne foi, et notamment la solidarité qui a vocation à « rétablir un certain équilibre de droits entre des parties inégales de fait »<sup>242</sup>.
228. Cette exigence a notamment pu recueillir l'attention des juges. En effet, en début d'épidémie, lorsque régnait l'incertitude quant à l'évolution de la situation, l'obligation de bonne foi était fortement accueillie au profit des preneurs. Elle a par la suite été peu à peu abandonnée au profit d'autres moyens juridiques plus objectifs et plus adaptés à la situation, tel que la perte de la chose louée.
229. La bonne foi apparait alors comme un mécanisme permettant de déroger à la force obligatoire du contrat litigieux, au profit d'une partie lésée. C'est une sorte de « variable traditionnelle d'ajustement de l'équilibre contractuel »<sup>243</sup>. Mais c'est aussi parce qu'elle viole la force obligatoire des contrats que les juges ne

---

<sup>241</sup> Art. 1190 du Code Civil

<sup>242</sup> CEDRAS J., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation », extrait de la deuxième partie du rapport annuel de 2003 de la Cour de Cassation.

<sup>243</sup> CEDRAS J. *op. cit.*

l'utilisent qu'en dernier recours, lorsque aucun autre élément soulevé par les parties ne peut profiter à cette partie lésée. Ainsi, dans le contentieux opposant bailleur et preneur, les juges semblent avoir délaissé l'obligation de bonne foi, au profit d'une interprétation extensive de la perte de la chose louée<sup>244</sup> qui avait déjà recueillie l'adhésion de certaines juridictions dans de précédentes décisions<sup>245</sup>.

## **Section 2. Les apports de cet épisode épidémique**

230. L'épidémie a eu pour effet de bouleverser le monde du travail (§1) mais aussi de révéler les insuffisances de certains mécanismes dont une réforme semble nécessaire (§2).

### **§1. La modification du monde du travail**

231. Le télétravail, plébiscité pendant la crise sanitaire a fait l'objet d'interrogations et de contradictions (A). Il se trouve par ailleurs en contradiction avec une jurisprudence récente. Cette adaptation du travailleur à ses tâches de travail s'ajoute à celles pour les soignants de se vacciner (B).

#### **A. La mise en place quasi-systématique du télétravail**

232. Le confinement, puis les gestes barrières ont fait émerger une nouvelle forme de travail : le télétravail. Par le biais de procédés numériques, le télétravailleur effectue hors des locaux de l'entreprise, les tâches qui en temps normal sont exécutées dans les locaux de l'employeur.
233. Bien qu'il existât avant la crise sanitaire, le télétravail nécessite une adaptation des employeurs et des employés dans leur manière de concevoir les obligations qui leur incombent. Le ministère du travail, du plein Emploi et de l'Insertion a publié le 28 février 2022 un protocole nationale pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 et recommande toujours le télétravail<sup>246</sup>. Des questionnements persistent quant aux modalités qui entourent cette organisation de travail. Ainsi, il est apparu un temps que l'employeur était dans l'obligation d'indemniser son salarié des frais découlant du télétravail<sup>247</sup>. Toutefois, dans un questionnaire officiel délivré par le Ministère, à la question « Mon employeur doit-il m'indemniser ? », il est répondu que « L'employeur n'est pas tenu de verser à son salarié une indemnité de télétravail

---

<sup>244</sup> V. en ce sens TJ Toulouse, 1 juill. 2021, n°21/02415, CA Nancy, 10 nov. 2021, n°21/01022, CA Paris, 17 nov. 2021, n°21/03569

<sup>245</sup> V. not. CA Douai, 16 déc. 2021, n°21/03

<sup>246</sup> Voir annexe 3

<sup>247</sup> Au micro de Sud Radio, Elisabeth Borne déclarait que « La règle est claire : le télétravail ne doit pas représenter un coût pour le salarié ».

destinée à lui rembourser les frais découlant du télétravail »<sup>248</sup>, sauf accord contraire.

234. Cette position confirmée par la Cour d'Appel de Paris<sup>249</sup>, se justifie dès lors que l'utilisation du local personnel de l'employé pour les tâches de son travail ne lui coûte pas plus que si le travail était réalisé au sein de l'entreprise. Au contraire, le salarié réalise des économies de transport. L'employeur doit toutefois prendre à sa charge les frais liés aux équipements dont l'employé aura besoin à son domicile. L'employeur garde toutefois un avantage dans cette organisation du travail ; celui d'avoir la possibilité de réduire ses locaux, et ses frais locatifs (facture d'eau, d'électricité).
235. Profitant de cet intérêt, l'employé peut négocier une indemnité de télétravail si ce mode de travail est demandée par l'employeur. En effet, « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler de son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »<sup>250</sup>. Toutefois, si un accord est trouvé quant à l'organisation du télétravail, il est important de bien le rédiger dans un avenant au contrat de travail<sup>251</sup>.
236. La mise en place du télétravail conduit également le salarié à éloigner sa résidence de son travail. Cette situation ne semble pas poser de problème puisque tout salarié dispose de la liberté de choisir son domicile<sup>252</sup>. Toutefois, alors qu'il passait seulement 17% de son temps de travail au siège de l'entreprise, la Cour d'Appel de Versailles a estimé que le licenciement d'un salarié ayant choisi de déménager à plus de 450 kilomètre du siège constitue une cause de licenciement<sup>253</sup>, au motif que l'employeur doit « prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »<sup>254</sup>. Cette obligation reste surprenante puisqu'elle étend cette obligation au-delà des temps et lieu de travail. Il est également possible de se demander si le salarié ne doit pas rester raisonnable dans la distance qu'il

---

<sup>248</sup> Voir annexe 4

<sup>249</sup> CA Paris, 22 janv. 2020, n° 18/00098

<sup>250</sup> Voir en ce sens, Cass. Soc. 2 oct. 2001, n°99-42727. Le principe s'inverse en cas de force majeure ou en cas de risque épidémique.

<sup>251</sup> V. en ce sens, CA Lyon, 10 sept. 2020, n°18/08845 où un employeur avait accepté que son employé travaille provisoirement en télétravail. Faute de clause prévoyant un éventuel retour de l'employé dans les locaux de l'entreprise, l'employeur ne peut licencier pour cause réelle et sérieuse, sa salariée ne souhaitant pas reprendre le travail en présentiel.

<sup>252</sup> Cass. Soc. 12 janv. 1999, n°96-40.755

<sup>253</sup> CA Versailles, 10 mars 2022, n°20/02208

<sup>254</sup> « Le libre choix du domicile du salarié peut-il être entravé au nom de la protection de sa santé ? » Lefebvre, Dalloz, 5 avril 2022

créer volontairement entre son travail et son domicile, l'employeur devant s'acquitter de 50% du prix de son abonnement de transport en commun.

## **B. La naissance d'une nouvelle obligation du travailleur : se vacciner**

237. Le 5 août 2021, le Parlement a adopté la loi n°2021-1040 relative à la gestion de la crise sanitaire. L'article 14 de cette dernière qui a pour objet de soumettre les professionnels de santé à une obligation vaccinale, a fait l'objet de nombreuses contestations notamment en ce qu'il aurait pour effet de porter atteinte à la liberté personnelle d'aller et venir, à celle d'entreprendre et au droit du travail. Le Conseil Constitutionnel s'est donc prononcé sur la question et a considéré que cette obligation restait légitime dès lors qu'elle poursuivait « l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé »<sup>255</sup>.
238. En effet, le texte apporte des tempéraments et permet aux personnes non-vaccinées de le faire sans faire l'objet de sanction. Ainsi l'obligation court qu'à compter du 14 septembre 2021, et même du 15 octobre 2021 si le soignant a déjà reçu une première dose. En clair, le texte ne prend pas à dépourvu le soignant puisqu'il lui laisse le temps nécessaire pour établir un schéma vaccinal complet. Ensuite, certains soignants sont exemptés de cette obligation notamment s'ils font l'objet d'une contre-indication médicale<sup>256</sup>.
239. Le non-accomplissement de cette obligation entraîne une impossibilité pour le soignant d'exercer son activité. Son contrat de travail est suspendu jusqu'à la fin de son contrat à durée déterminée ou à défaut, jusqu'à l'issue de cette mesure contraignante. Cette mesure qui semblait être provisoire, se prolonge dans le temps, à l'image du décret du 22 janvier 2022 qui a modifié les schémas vaccinaux considérés comme valides. En clair, la dose de rappel devient obligatoire.
240. Toutefois, la suspension n'est pas une mesure qui est vouée à durer. Toutefois, le site du service public affirme que : « Un licenciement en cas de défaut de vaccination au Covid-19 n'est pas possible »<sup>257</sup>. Or, une évolution supprimant

---

<sup>255</sup> Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021

<sup>256</sup> V. en ce sens, art. 13, I. 2° de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire

<sup>257</sup> « Vaccination et dose de rappel obligatoires pour certaines professions », service-public.fr

cette obligation ne semble pas être une urgence pour l'exécutif<sup>258</sup>, d'autant plus que le nombre de soignants refusant de se faire vacciner est en baisse<sup>259</sup>.

241. En tout état de cause, si le blocage persiste, il est nécessaire que le législateur ne se contente pas de la suspension du contrat de travail, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord car les obligations de loyauté et les clauses de non-concurrence perdurent ; empêchant parfois le salarié d'exercer une autre activité. Mais surtout, car l'employeur ne peut pas recruter de nouveaux salariés sans être certain de ne pas se retrouver avec une surcharge salariale le jour où l'obligation vaccinale sera éteinte.

## **§2. La révélation des insuffisances du droit des contrats**

242. Les mécanismes juridiques du droit français permettant en temps normal de résoudre de nombreux conflits, se sont révélés insuffisants pendant la crise sanitaire.
243. Pour moderniser et mettre en conformité les textes aux contrats spéciaux avec la jurisprudence, un groupe de travail dirigé par Philippe Stoffel-Munck a été mis en place. C'est l'occasion idéal pour corriger certains manquements et notamment ceux de la force majeure (A) et de la perte de la chose louée (B).

### **A. La force majeure**

244. La force majeure a fait l'objet d'une réécriture par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, ayant pour objet de la rendre plus lisible et accessible. Toutefois, une interrogation subsiste concernant la possibilité pour le créancier de demander la résolution du contrat en raison d'un cas de force majeure<sup>260</sup>.
245. Le Rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance donne des précisions quant à la démarche entreprise par les rédacteurs. Il n'est pas certain que la définition reprise par l'ordonnance n°2016-131 de la force majeure soit la même que celle d'avant-réforme. L'article 1218 du Code Civil, inséré au sein d'une Section 5 délimite les outils offerts au débiteur en cas d'inexécution du contrat et a donc vocation à exonérer et libérer le débiteur qui ne s'est pas exécuté. Il est donc permis de penser que l'absence de précision permettant au créancier de la force majeure s'explique par les circonstances de la rédaction. Il

---

<sup>258</sup> V. en ce sens, « Covid-19. Vers une réintégration des soignants non-vaccinés ? Emmanuel Macron entrouvre la porte », Ouest France, 29 avril 2022.

<sup>259</sup> V. en ce sens, GUIRAUD S., « Covid : médecins, infirmiers, sages-femmes.... ces soignants toujours à l'arrêt faute d'être vaccinés », Midi Libre, 15 mai 2022

<sup>260</sup> Voir *infra* §41 et suiv.

n'en demeure pas moins que le législateur ne ferme pas expressément cette possibilité au créancier ; le juge n'ayant procédé qu'à une application stricte des dispositions de l'ordonnance<sup>261</sup>.

246. Par ailleurs, si la volonté du législateur était de réduire le champ d'application de la force majeure, il est possible d'affirmer que le Rapport au Président de la République aurait expliqué cette modification. En l'absence, il y a lieu de considérer que cette rédaction est davantage une maladresse qu'une véritable volonté du législateur.
247. En effet, la Cour de Cassation a déjà libéré le créancier de son obligation de payer en raison de son impossibilité de jouir de la prestation due<sup>262</sup>. De manière plus subtile, l'anéantissement du contrat pouvait également être le fruit d'un événement ayant pour conséquence de rendre dépourvu de cause le contrat. La Cour de Cassation a ainsi pu considérer que la disparition de la cause du contrat peut entraîner l'anéantissement du contrat<sup>263</sup>.
248. Le législateur pourrait profiter de la réforme pour clarifier cette situation. Il serait alors possible de permettre au créancier de se prévaloir d'un moyen de droit comme la force majeure ou celui de la caducité. Le créancier pourrait ainsi se protéger des événements pouvant l'empêcher de profiter de la prestation, notamment dans les contrats d'adhésion où la rédaction d'une clause de répartition des risques n'est pas possible.
249. En revanche, l'élaboration d'un tel procédé ne doit pas être absolue dès lors que l'anéantissement du contrat a généralement pour conséquence de créer un manque à gagner pour le débiteur de la prestation. En effet, il est possible de considérer que la prestation promise au créancier ait empêché le débiteur de proposer cette même prestation à un autre client. Les rédacteurs d'une éventuelle réforme devront donc limiter cette possibilité. Il serait peut-être envisageable de limiter cet outil au consommateur ; le risque pesant alors sur le professionnel. Il est également possible de s'inspirer de droit étranger et notamment espagnol. Ainsi, la force majeure du droit espagnol permet de solliciter une modification des termes du contrat. Dans une telle situation, il serait donc possible d'obliger le professionnel, non pas à rembourser le consommateur

---

<sup>261</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2020, FS-P+B+I, n° 19-21.060

<sup>262</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1998, n°96-13.316

<sup>263</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 10 sept. 2015, n°14-20.498

mais à lui proposer un avoir, permettant à la fois de réduire le manque à gagner, tout en rééquilibrant le contrat.

## **B. La perte de la chose louée**

250. La crise du Coronavirus a eu pour origine de créer un débat sur la notion de la perte de la chose louée. Après une bonne réception des juges de la perte de la chose louée comme fondement permettant la non-exigibilité des loyers, une interprétation large de la perte de la chose louée semble avoir conquis les juges<sup>264</sup>.
251. La réforme des contrats spéciaux prévoit par ailleurs d'uniformiser les solutions données par les textes et celles acquises de la jurisprudence. Or, la commission chargée de la rédaction de la réforme a présenté un avant-projet de celle-ci avec notamment les textes relatifs au contrat de bail.
252. En effet, la réforme remplace un critère susceptible de débats et d'interprétation. L'article 1722 actuel du Code Civil définit la perte de la chose louée comme sa destruction. Les juges ont alors dû s'interroger sur l'interprétation qui doit être fait du terme « destruction » ; les solutions pouvant être différentes selon que la destruction est entendue comme une perte matérielle ou une perte juridique de la chose. Pour éviter une tel débat dans le futur, l'avant-projet de la réforme a le mérite de présenter la perte de la chose comme étant celle de l'impossibilité de jouir du bien conformément à sa destination<sup>265</sup>. Les juges n'auront donc plus à s'interroger sur l'interprétation plus ou moins extensive de la destruction de la chose.
253. En revanche, la perte de la chose louée est tant dans l'avant-projet que dans l'actuel article 1722 du Code Civil conçue comme étant une impossibilité définitive de jouir du bien conformément à sa destination. Cette solution n'est donc pas en conformité avec la solution jurisprudentielle notamment lorsqu'une fermeture administrative interdit l'accueil du public provisoirement.

---

<sup>264</sup> V. récemment CA Paris 30 mars 2022, n°21/16710

<sup>265</sup> V. en ce sens l'article 1743 du Code Civil dans l'avant-projet de la réforme des dispositions relatives à la vente, à l'échange, au bail, au louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, au prêt, au dépôt et au séquestre, aux contrats aléatoires et au mandat.

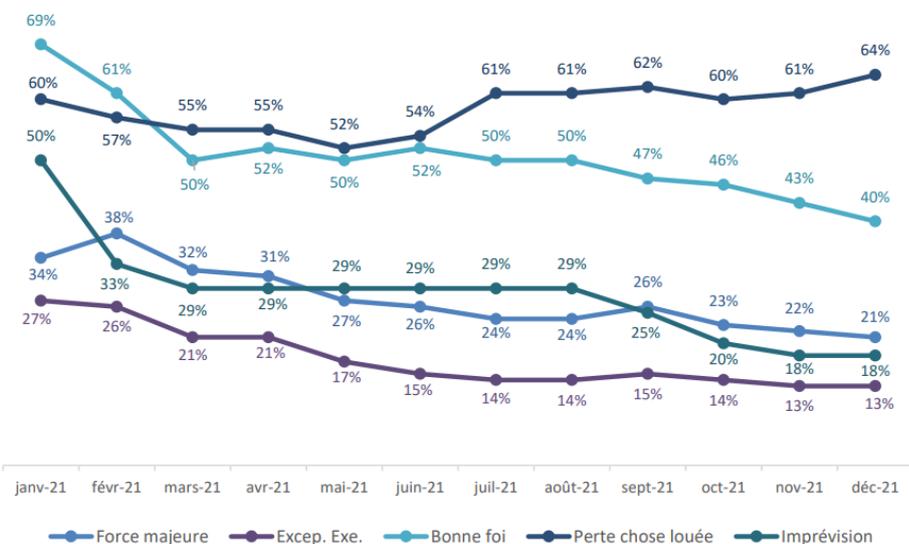
## Conclusion

254. La crise du Covid-19 a été et est encore une source importante de contentieux. En effet, la pandémie et les mesures prises par le Gouvernement ayant pour objet de la freinée ont impacté un grand nombre de contrats et dans de multiples domaines. Les juges ont alors été confrontés à de multiples reprises, a des contentieux similaires. Pour autant, il ressort des décisions de justice, une divergence importante entre les décisions, soit en raison de la juridiction qui s'est prononcée, soit en raison des éléments invoqués par les parties.
255. Il ressort aussi de cette crise, une incapacité de certains mécanismes à protéger les contractants. Les juges ne pouvant pas les appliquer, les avocats se tournent alors vers l'obligation de bonne foi qui dérive peu à peu vers un solidarisme contractuel niant la force obligatoire du contrat et les volontés contractuelles des parties.
256. Face à ce constat, le législateur, et à défaut les contractants, doivent voir en cette pandémie la nécessité d'agir en conséquence.
257. Le législateur doit en effet penser à l'après Covid et réformer rapidement les manquements du droit substantiel et processuel. L'état de droit en dépend ; d'autant que les crises épidémiques sont de plus en plus craintes par les scientifiques. S'ajoutent à celles-ci, les crises liées au changement climatique ou celles liées à la scène internationale, qui pourront à l'avenir bouleverser à nouveau et de manière encore plus forte la vie des contrats.
258. En attendant une modification du droit positif, le contractant doit user de la technique contractuelle avec minutie. Il y a lieu de préciser l'utilisation des mécanismes juridiques et de définir chaque notion déterminante utilisée dans le contrat pour éviter des soucis d'interprétation qui s'imposeront aux juges.

# Annexes

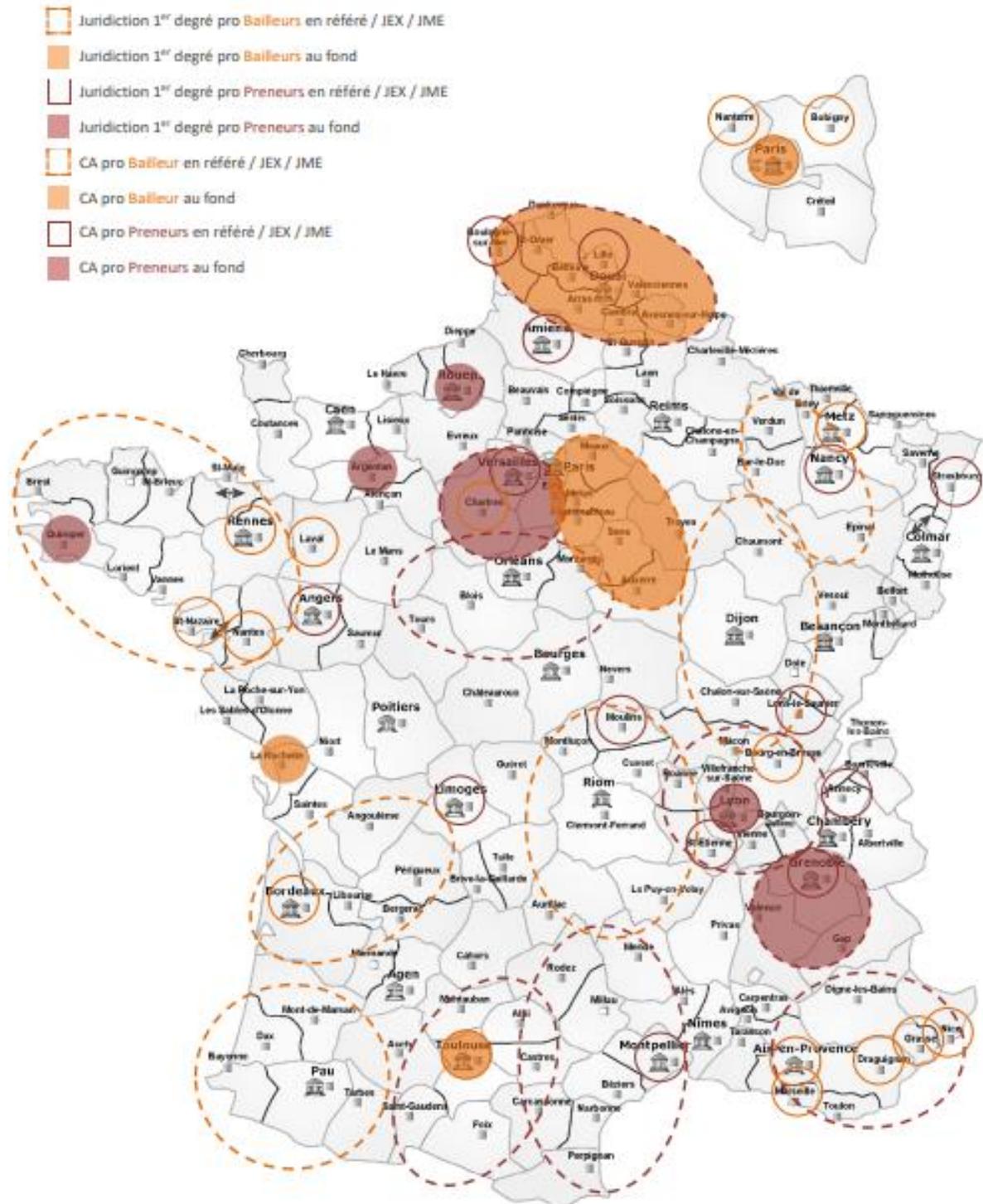
## Annexe 1

Evolution du taux de réussite des moyens invoqués par les preneurs depuis l'origine de la crise sanitaire



## Annexe 2

### ■ TENDANCES PAR JURIDICTION APRES 147 DECISIONS :



## Annexe 3

### II- LES MESURES DE PROTECTION DES SALARIES

Les mesures de protection des salariés s'appliquent de la façon suivante :

#### **Mesures d'hygiène et de distanciation physique :**

Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui participe à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2 et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail. L'accord national interprofessionnel (ANI) du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail constitue un cadre de référence utile pour sa mise en œuvre.

Depuis le 2 février 2022, le recours au télétravail est recommandé : les employeurs fixent, dans le cadre du dialogue social de proximité, les modalités de recours au télétravail, en veillant au maintien des liens au sein du collectif de travail et à la prévention des risques liés à l'isolement des salariés en télétravail.

## Annexe 4

### **#Mon employeur doit-il m'indemniser ?**



L'employeur n'est pas tenu de verser à son salarié une indemnité de télétravail destinée à lui rembourser les frais découlant du télétravail, sauf si l'entreprise est dotée d'un accord ou d'une charte qui la prévoit. Les droits habituels en matière de restauration sont maintenus (tickets restaurant, primes de repas...).

# Bibliographie

## Ouvrages et manuels

BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat, 19<sup>e</sup> éd., 2021 LGDJ

BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 14<sup>e</sup> éd. 2021, LGDJ

BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, Les principales clauses des contrats d'affaires, 2<sup>e</sup> éd., 2018, LGDJ, Lextenso éditions

HAURIOU Maurice, Principes de droit public, L. TENIN, Paris, 2<sup>e</sup>me éd., 1916

FONTAINE Marcel, DE LY Filipe, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction des clauses, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2003

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, 8e éd., 2016, LGDJ, Lextenso éditions

TERRE François, SIMLER Philippe, Lequette Yves, Droit civil. Les obligations, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009

TERRE François, SIMLER Philippe, Lequette Yves, CHENEDE François, Droit civile. Les obligations, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2019

## Dictionnaires et Lexique des termes juridiques

CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, Association Henry Capitant, 13<sup>e</sup> éd., 2020

DEBARD Thierry, GUINCHARD Serge, Lexique des termes juridiques 2021-2022, 29<sup>e</sup> éd.

## Colloques et séminaires

Colloque Vulnérabilité et crise pandémique, Université La Sorbonne, 11 mars 2022

## **Thèses et mémoires**

ANTONMATTEI Paul-Henri, « Contribution à l'étude de la force majeure », LGDJ, 1992 [consulté le 18 avril 2022]

BUCHER Charles-Edouard, « L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif », Dalloz, 2011 [consulté le 18 avril 2022]

CASSIN René « L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus). Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution », thèse, 1914, Recueil, Sirey

CHENEDE François, « Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations », Economica, préf. A. Ghozi, 2008 [consulté le 18 avril 2022]

FRELETEAU Barbara, « Devoir et incombance en matière contractuelle », LGDJ, 2017 [consulté le 24 mai 2022]

## **Articles**

ACEDO Sébastien, « Coronavirus : AXA et MMA prennent des mesures spéciales pour les entreprises », 20/03/2020, argusdelassurance.com [consulté le 15 mai 2022]

ANCEL Bruno, « Les contrats français et américains face au Covid-19 : un futur nimbé d'incertitude ? », AJ contrat 2020. p.217 [consulté le 20 avril 2022]

ANCEL Pascal, « Imprévision – Droit positif français après la réforme », Revue Des Contrats, mai 2017 [consulté le 2 mai 2022]

AMSILI Sophie, « Face à Omicron, les restrictions de voyage se durcissent », Les Echos 1<sup>er</sup> décembre 2021 [consulté le 21 avril 2022]

ANDJECHAIRI-TRIBILLAC Sarah, « Covid-19 et non-paiement des loyers commerciaux : contestation sérieuse », Dalloz actualité, 27 janvier 2021 [consulté le 6 mai 2022]

ANDJECHAIRI-TRIBILLAC Sarah, « Covid-19 : condamnation de l'assureur à indemniser les pertes d'exploitation du restaurateur », Dalloz actualité, 11 mars 2021 [consulté le 8 mai 2022]

AYNES Laurent, BENABENT Alain, « Force majeure et révision pour imprévision », Revue des contrats, 1<sup>er</sup> mars 2021, n°1, p.157 [consulté le 21 avril 2022]

BARBIER Jehan-Denis, « Loyers commerciaux et covid : l'Etat de non-droit », La Gazette du Palais, n°39, p.48, 9 novembre 2021 [consulté le 15 mai 2022]

BARBIER Jehan-Denis, « Obligation de délivrance d'un local conforme à sa destination et réception du public », La Gazette du Palais, n°39, p.56, 9 novembre 2021 [consulté le 10 mai 2022]

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial : à l'occasion de la pandémie de Covid-19 », La Semaine Juridique, Entreprise et affaires, 9 avril 2020 [consulté le 28 avril 2022]

BERTON François, « Interprétation des clauses du contrat d'assurance sur l'indemnisation en période de pandémie », berton-associes.fr, 5 mai 2021 [consulté le 8 avril 2022]

BIGOT Rodolphe, « Le caractère inassurable du risque pandémique : une « allégation fantaisiste » d'AXA, Dalloz actualité, 28 mai 2020 [consulté le 15 mai 2022]

BIGOT Rodolphe, CAYOL Amandine, « Pertes d'exploitation : condamnation de l'assureur pour résistance abusive », Dalloz actualité, 18 mars 2021 [consulté le 8 mai 2022]

BOFFA Romain MEKKI Mustapha, « Droit des contrats », D.2021 p.310 [consulté le 3 mai 2022]

BOLLAND-BLANCHARD Anne, « La clause d'imprévision dans les contrats de baux commerciaux : fallait-il une corona-vision ? », Les Petites affiches, n°65, 31 mai 2020 [consulté le 2 mai 2022]

BOLLAND-BLANCHARD Anne, TAILLEFER Anne, « Quels risques encourus pour le défaut de paiement des loyers commerciaux au regard des ordonnances n° 2020-306 et 2020-316 ? », actu-juridique.fr, 19 juin 2020 [consulté le 23 mai 2022]

BUCHER Charles-Edouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Contrats Concurrence Consommation, n°5, mai 2016, dossier 6 [consulté le 24 avril 2022]

BUCHER Charles-Edouard, « Les clauses portants sur l'imprévision », Contrats Concurrence Consommation, n°3, mars 2019, form. 3 [consulté le 26 avril 2022]

BUCHER Charles-Edouard, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », Contrats Concurrence Consommation, n°4, avril 2020, étude 5 [consulté le 24 avril 2022]

BUISINE Olivier, « L'imprévision, outil de restructuration en temps de crise », Gazette du Palais, n°15, p.8, 3 mai 2022 [consulté le 5 mai 2022]

CESSA Marina, « Covid-19. Perte d'exploitation liée au confinement : l'assureur d'un restaurateur condamné à payer », Ouest-France, 21 mai 2021 [consulté le 14 mai 2022]

CHAIHLOUDJ Walid, « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle », RTD Com. 2017, p.527

CHATELIER Quentin, « Télétravail : le salarié souverain ? », Bulletin Joly Travail, n°11, p.3, 1<sup>er</sup> novembre 2021 [consulté le 25 mai 2022]

CHARDEAUX Marie Alice, « L'amende civile », Les Petites affiches, n°22, p.6 [consulté le 14 mai 2022]

COCHETEUX Patrick, « Pertes d'exploitation et assurances : indemnisation liée à la fermeture d'un restaurant pour cause de Covid-19 », Les Petites affiches, n°179, 7 septembre 2020, p.15 [consulté le 10 mai 2022]

DELPECH Xavier, « Activités touristiques - Crise sanitaire - Une ordonnance au secours des professionnels du tourisme », Juris tourisme 2020, n°230, p.43 [consulté le 21 avril 2022]

DELPECH Xavier, « Transport aérien et force majeure », Juris tourisme 2021, n°239, p.24 [consulté le 21 avril 2022]

DELPECH Xavier, « Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », D. 2007, p.2839 [consulté le 4 mai 2022]

DELPECH Xavier, « Cadre juridique de l'ordonnance Tourisme du 25 mars 2020 », Juris tourisme 2022, n°249, p.17 [consulté le 21 avril 2022]

DE PLATER Pierre, « La bail commercial, la bonne foi et le juge face à la pandémie », Dalloz actualité, 26 mars 2021 [consulté le 4 mai 2022]

DE PLATER Pierre, « Bail commercial et covid-19 : le droit et l'équité », Dalloz actualité, 30 avril 2021 [consulté le 5 mai 2022]

DRAPIER Sandrine, « Covid-19 : force majeure et annulations de vols », Les Petites affiches, n°093-094, p.11, 11 mai 2020 [consulté le 21 avril 2022]

DUPONT Nicolas, « Le créancier peut-il invoquer la force majeure ? », Contrats Concurrence Consommation, n°7, juillet 2021, étude 7 [consulté le 25 avril 2022]

EL MEJRI Akram, « La théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires », RLDC, juin 2017, p.11

EYMERY Céline, « Jean-Pierre Mas (EDV) : "Il n'y aura pas de tsunami d'avoirs non remboursés" », Tourmag.com, 29 juin 2021 [consulté le 21 avril 2022]

FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », Les Petites affiches, n°232, p.27 [consulté le 14 avril 2022]

FAUCHOUX Vincent, « Covid 19 et reconfinement : un nouveau cas de force majeure ? », 16 novembre 2020, ddg.fr [consulté le 29 mars 2020]

FOURGOUX Jean-Louis, « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJ contrat 2020. P.540 [consulté le 2 mai 2022]

GALLMEISTER Inès, « L'irrésistibilité ne suffit pas à caractériser la force majeure », Dalloz actualité, 5 mai 2006 [consulté le 26 février 2022]

GASTEBLED Etienne, « Le clair-obscur de la force majeure en matière contractuelle face au Covid-19 », actu-juridique.fr [consulté le 15 avril 2022]

GOUEZEL Antoine, « Retour sur l'ordonnance « délais » du 25 mars 2020 et les modifications apportées par l'ordonnance du 15 avril 2020 », Dalloz actualité, 16 avril 2020 [consulté le 22 mai 2022]

GRIMALDI Cyril, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », D.2009, p.1298 [consulté le 19 avril 2022]

GRIMALDI Cyril, « Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ? », D. 2020. p.827 [consulté le 18 avril 2022]

GUIOMARD Pascale, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », Dalloz actualité, 4 mars 2020 [consulté le 30 mars 2022]

GUIRAUD Sophie, « Covid : médecins, infirmiers, sages-femmes... ces soignants toujours à l'arrêt faute d'être vaccinés », Midi Libre, 15 mai 2022 [consulté le 25 mai 2022]

HADJ-AISSA Hakim, « Covid-19 et application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce » AJ contrat 2020. p.325 [consulté le 19 avril 2022]

HEINICH Julia, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », D. 2020, p.611 [consulté le 24 avril 2022]

HELAINÉ Cédric, « Refus de la force majeure par le créancier », Dalloz actualité, 8 décembre 2020 [consulté le 18 avril 2022]

HORN Simon, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », AJ contrat 2019, p.333 [consulté le 24 avril 2022]

HOUTCIEFF Dimitri, « Par la loi, mais au-delà de la loi », AJ contrat 2017, p.175 [consulté le 27 avril 2022]

HOUTCIEFF Dimitri, « La révision pour imprévision résiste-t-elle au droit des contrats spéciaux ? » Gazette du Palais, n°14, p.36, 7 avril 2020 [consulté le 27 avril 2022]

HOUTCIEFF Dimitri, « La force majeure à l'épreuve du coronavirus », Gazette du Palais, n°31, p.29, 15 août 2020 [consulté le 23 avril 2022]

HOUTCIEFF Dimitri, « Covid-19, bars et restaurants : pas de café mais l'addition ! », Gazette du Palais, n°31, p.27, 15 septembre 2020 [consulté le 5 mai 2022]

HOUTCIEFF Dimitri, « Covid-19 et force majeure : une appréciation rigoureuse de la condition d'irrésistibilité », Gazette du Palais, n°1, p.33, 5 janvier 2021 [consulté le 23 avril 2022]

HOUTCIEFF Dimitri, « Force majeure : n'avoir plus d'intérêt à la prestation ne dispense pas d'exécuter », Gazette du Palais, n°14, p.31, 13 avril 2021 [consulté le 19 avril 2022]

JACQUOT Pascal, « Covid et perte de la chose louée : premier arrêt au fond », Dalloz actualité, 25 mai 2021 [consulté le 18 avril 2022]

JACQUOT Pascal, Martinez Jules, « L'analyse du contentieux relatif aux « Loyers Covid » », 23 février 2022, [predictice.com](http://predictice.com)

KENDERIAN Fabien, « Covid-19 : les limites de l'exception en matière de paiement des loyers commerciaux pendant la crise sanitaire », D.2021, p.728 [consulté le 12 mai 2022]

LANDIVAUX Ludovic, « Contrats et coronavirus : un cas de force majeure ? Ça dépend... », Dalloz actualité, 20 mars 2020 [consulté le 30 mars 2022]

LESAFFRE Clément, « Pourquoi les pandémies seront exclues des contrats d'assurance des restaurateurs dès 2021 », europe1.fr, 13 novembre 2020 [consulté le 20 mai 2022]

LIBCHABER Rémi, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », D.2020 p.1185 [consulté le 27 avril 2022]

MAINGUY Daniel, « La rétractation du promettant ne constitue pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°42, 21 octobre 2021, p. 1468 [consulté le 28 avril 2022]

MAYAUX Luc, « Renouvellement annuel des contrats d'assurance et « clauses Covid » », [leclubdesjuristes.com](http://leclubdesjuristes.com), 26 novembre 2020 [consulté le 20 mai 2022]

MAZEAUD Denis, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D. 2005, p.1828 [consulté le 24 mai 2022]

MEKKI Mustapha, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », AJ contrat 2020. p.164 [consulté le 26 avril 2022]

MEKKI Mustapha, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°3, 20 janvier 2017, act. 155 [consulté le 28 avril 2022]

MEKKI Mustapha, « Payer le prix sans profiter du droit : le sort du créancier en cas de force majeure – Cour de Cassation, 1<sup>re</sup>, civ. 25 novembre 2020 », AJ contrat 2020. p.554 [consulté le 17 avril 2022]

MEKKI Mustapha, « Droit des contrats », D.2018, p. 371 [consulté le 25 avril 2022]

MEKKI Mustapha « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », Revue des contrats, 2010, n°1, p.383

MESA Rodolphe, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », Les Petites affiches, n°41, p.5 [consulté le 14 avril 2022]

MESTRE Jacques, « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un pouvoir judiciaire de révision du contrat », RTD Civ. 1993, p.124 [consulté le 25 avril 2022]

MICHAUD Charlotte, « Télétravail, frais, quelles obligations pour l'employeur ? », Bulletin Joly Travail, n°9, p.50, 1<sup>er</sup> septembre 2020 [consulté le 25 mai 2022]

MIGNOT Marc, « Covid-19 et clauses du contrat d'assurance », RGDA, n°11, p.8 [consulté le 8 avril 2022]

MONÉGER Joël, « Pandémie et bail commercial : l'article 1719 du Code Civil peut-il ouvrir la décharge du loyer dû ? », Dalloz actualité, 9 mars 2021 [consulté le 11 mai 2022]

MOUSTACAKIS Olivier, « Le risque épidémie est impossible à assurer », Le Monde, 30 avril 2020 [consulté le 9 mai 2022]

MUDET Pierre, « Covid 19 : questions autour de la notion de force majeure et de non-paiement pour inexécution », ginestie.com [consulté le 15 avril 2022]

PELERIN Jean-Philippe, « La force majeure pourra-t-elle être invoquée, compte tenu de l'épidémie de Covid 19 ? », martin-associes.com [consulté le 14 avril 2022]

PELLIER Jean-Denis, « Le gouvernement au secours des professionnels du tourisme », D.2020 p.775 [consulté le 21 avril 2022]

PINNA Andrea, « L'exception pour risque d'inexécution », RTD Civ. 2003, p.31 [consulté le 11 mai 2022]

POMMIER Romain, Interview de Jean-Pierre Mas (EDV), « Bilan de l'été : nous ne sommes pas sortis de crise, ni même en position d'en sortir », Tourmag.com, 24 août 2021 [consulté le 21 avril 2022]

POULLENNEC Solenn, « Les réassureurs refusent de couvrir le risque de pandémie », Les Echos, 13 septembre 2020 [consulté le 10 mai 2022]

POULLENNEC Solenn, « Perte d'exploitation : le Syndicat des indépendants incite les restaurateurs à poursuivre AXA », Les Echos, 7 mai 2021 [consulté le 15 mai 2022]

REGNAULT Sébastien, « Covid-19 et bail commercial », AJ contrat 2020, p.193

ROUQUET Yves, « Jouissance paisible de la chose louée : portée de l'obligation », D. 2009, p.1481 [consulté le 12 mai 2022]

SANCHEZ Léa, « Combien de jours de restrictions avons-nous vécu en France depuis un an ? », Le Monde, 15 mars 2021 [consulté le 12 mars 2021]

STOFFEL-MUNCK Philippe, « La réforme en pratique », AJCA 2015 p.262 [consulté le 23 avril 2022]

STOFFEL-MUNCK Philippe, « La résiliation pour imprévision », AJCA 2015, p.262 [consulté le 23 avril 2022]

STOFFEL-MUNCK Philippe, « La notion de contrat aléatoire », RCA 2014, n°6, Lexis Nexis [consulté le 2 mai 2022]

TABI TABI Ghislain, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », R.D.U.S, 2014

VOGEL Louis, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », AJ contrat 2020. p.275 [consulté le 4 avril 2022]

ZIADE Roland, CAVICCHIOLI Claudia, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », AJ contrat 2020. p.176 [consulté le 27 mars 2022]

ZUCHELLO Marielle, « Suspension de la rémunération et obligation vaccinale : aucune violation évidente des dispositions de droit européen », Bulletin Joly Travail, n°1, p13 [consulté le 24 mai 2022]

« Coronavirus : l'épidémie de Covid-19 considérée comme une pandémie par l'OMS », Le Monde, 11 mars 2020 [consulté le 1<sup>er</sup> avril 2022]

Coronavirus : un premier cas de Covid-19 remontant au 2 décembre confirmé en Alsace », 7 mai 2020, France télévisions [consulté le 18 mars 2022]

« Chronologie de l'action de l'OMS face à la Covid-19 », Communiqué de presse de l'OMS, 29 juin 2020, who.int/fr [consulté le 29 mars 2022]

« Covid-19. L'obligation vaccinale des soignants est-elle maintenue ? « Ouest-France » vous répond », Ouest-France, 9 mars 2022 [consulté le 25 mai 2022]

« Covid-19. Vers une réintégration des soignants non-vaccinés ? Emmanuel Macron entrouvre la porte », Ouest-France, 29 avril 2022 [consulté le 25 mai 2022]

« Le libre choix du domicile du salarié peut-il être entravé au nom de la protection de sa santé ? » Lefebvre, Dalloz, 5 avril 2022 [consulté le 25 mai 2022]

### **Déclarations**

LE MAIRE Bruno, Déclaration sur l'impact économique de l'épidémie de Covid-19 et les mesures de soutien en faveur des entreprises, Paris, 28 février 2020 [consulté le 26 mars 2022]

### **Rapport**

CEDRAS Jean, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », extrait de la deuxième partie du rapport annuel de 2003 de la Cour de cassation

### **Sites internet**

« Coronavirus : les mesures de confinement », 17 mars 2020, vie-publique.fr [consulté le 17 mars 2022]

« Pratiques restrictives de concurrence », economie.gouv.fr [consulté le 25 avril 2020]

« Que se passe-t-il quand on a été en contact avec une personne malade du Covid-19 ? », ameli.fr [consulté le 27 mars 2020]

« L'obligation vaccinale », solidarites-sante.gouv.fr, 2 mars 2022 [consulté le 25 mai 2022]

« Vaccination et dose de rappel obligatoires pour certaines professions », 11 mars 2022 [consulté le 25 mai 2022]



# Index

Renvoi au numéro de paragraphe

## **A**

Assurance 115, 155 et s., 171 et s.

## **B**

Bail commercial 106, 127, 150 et s.

Bonne foi 103 et s., 214 et s., 250

## **C**

Chose jugée 162

Clause

- Force majeure 60

- Imprévision 89

Condition suspensive 194

Connexité 159

## **D**

Délai de réflexion 192

Délai de rétractation 193

## **E**

Equilibre contractuel 28

Etat d'urgence sanitaire 183 et s.

Exception d'inexécution 124 et s.

## **F**

Force majeure 20 et s., 244 et s.

Force obligatoire 213

## **I**

Imprévision 73 et s.

## **L**

Liberté contractuelle 111, 121, 171

## **P**

Perte de la chose louée 129 et s.,  
250 et s.

## **S**

Sécurité juridique 148 et s.

Solidarisme contractuel 213 et s.

## **T**

Télétravail 232

## **V**

Vaccin 237

# Table des matières

REMERCIEMENTS.....	I
SOMMAIRE.....	II
ABREVIATIONS .....	III
INTRODUCTION .....	1
<b>TITRE 1. LES OUTILS JURIDIQUES DE DROIT COMMUN.....</b>	<b>6</b>
<i>Chapitre 1 : La pandémie : un évènement bouleversant l'économie du contrat .....</i>	<i>6</i>
Section 1. La force majeure .....	6
§1. L'étroitesse du champ d'action de la force majeure .....	6
A. L'imprévisibilité de la pandémie .....	7
B. Une irrésistibilité restreinte à l'exécution de l'obligation .....	9
§2. Une mise en place complexe .....	13
A. Les adaptations opérées sur la force majeure pour certains contrats.....	14
B. L'importance de la clause de force majeure .....	16
Section 2. L'imprévision .....	19
§1. Des freins légaux .....	19
A. Le rejet de l'imprévision pour les contrats antérieurs à 2016.....	20
B. Le rejet de l'imprévision en présence de dispositions spéciales .....	21
§2. L'importance de la technique contractuelle .....	23
A. Le rejet de l'imprévision par les parties .....	23
B. La technique contractuelle et le déséquilibre significatif .....	24
<i>Chapitre 2 : Les dispositions de droit commun et la crise pandémique .....</i>	<i>26</i>
Section 1. Le devoir de bonne foi et de loyauté .....	26
§1. L'appel au devoir de bonne foi.....	26
A. L'obligation d'exécuter le contrat de « bonne foi ».....	26
B. Sanction de la mauvaise foi.....	28
§2. La recherche d'un équilibre contractuel.....	29
A. L'équilibre du contrat .....	29
B. Un devoir de renégociation (article L.113-4 du Code des assurances).....	31
Section 2. Les solutions de crises.....	32
§1. L'exception d'inexécution.....	32
A. Le régime général de droit commun (article 1219 du Code Civil) .....	32
B. La perte de la chose louée (article 1722 du Code Civil) .....	33
§2. La mise en jeu de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle.....	35
A. La rupture brutale de la relation commerciale .....	36
B. Le non-respect de la police d'assurance.....	37
<b>TITRE 2. LES CONSEQUENCES D'UNE CRISE EXCEPTIONNELLE .....</b>	<b>39</b>
<i>Chapitre 1 : Des solutions d'urgence instables.....</i>	<i>39</i>
Section 1. La mise en place d'une insécurité juridique .....	39
§1. L'instabilité des décisions juridiques et gouvernementales .....	39
A. Une jurisprudence incertaine.....	39
B. Des dispositions restrictives de liberté en constante évolution.....	43
§2. Une volonté contractuelle fragilisée .....	45
A. L'atteinte à la liberté contractuelle (abus de position dominante).....	45

B.	L'interprétation de clauses prévoyant un évènement inédit .....	46
Section 2.	L'instauration d'un état d'urgence sanitaire .....	47
§1.	Des mesures protectrices au profit du débiteur.....	48
A.	Une mesure provisoire .....	48
B.	Des limites laissant place à certaines incertitudes.....	50
§2.	Des mesures protectrices au bénéfice des commerçants.....	51
A.	Un champ d'application limité .....	52
B.	Une protection forte au détriment des créanciers .....	53
<i>Chapitre 2 :</i>	<i>L'influence de la pandémie sur les contrats futurs .....</i>	<i>55</i>
Section 1.	Le risque du développement d'un solidarisme contractuel.....	55
§1.	La bonne foi au détriment de la force obligatoire des contrats .....	55
A.	La pandémie : évènement bouleversant l'équilibre contractuel .....	55
B.	L'immixtion plus large du juge .....	57
§2.	La fragilité de l'intangibilité des dispositions contractuelles .....	58
A.	Le solidarisme contractuel au détriment des volontés contractuelles .....	58
B.	La bonne foi au bénéfice de la partie la plus faible.....	59
Section 2.	Les apports de cet épisode épidémique .....	60
§1.	La modification du monde du travail .....	60
A.	La mise en place quasi-systématique du télétravail .....	60
B.	La naissance d'une nouvelle obligation du travailleur : se vacciner .....	62
§2.	La révélation des insuffisances du droit des contrats .....	63
A.	La force majeure .....	63
B.	La perte de la chose louée .....	65
<b>CONCLUSION</b> .....		<b>66</b>
<b>ANNEXES</b> .....		<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....		<b>70</b>
<b>INDEX</b> .....		<b>81</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....		<b>82</b>