



Les Mesures légales prises à l'occasion du Covid-19 entre justifications et enjeux

Chaker Mzoughi

Associate Professor of Private Law, College of Law, Qatar University

chaker.mzoughi@qu.edu.qa

Résumé

Les problèmes juridiques rattachés au Coronavirus ne constituent pas des conséquences directes à la pandémie, mais plutôt des effets engendrés suite aux mesures prises par les autorités publiques pour faire face au COVID-19.

Dès lors la question qui se pose est la suivante : Comment les mesures légales prises à l'occasion du COVID-19 ont-t-elles perturbé la vie juridique ? Toutes les disciplines du droit public et du droit privé ont été affectées par ces mesures, du droit administratif au droit civil en passant par le droit de propriété intellectuelle. Toutefois, deux volets saillants ont été particulièrement montrés du doigt : les libertés individuelles et la sécurité contractuelle.

Mots clés: Covid-19; Libertés fondamentales; Sécurité contractuelle; Proportionnalité; Opportunité

Citez cet article comme: Mzoughi Ch., « Les Mesures légales prises à l'occasion du Covid-19 entre justifications et enjeux », *International Review of Law*, Vol. 9, Issue 4, 2020, Special Issue on (Law and COVID-19)

<https://doi.org/10.29117/irl.2020.0147>

© 2020, Mzoughi, licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

OPEN ACCESS

Submitted: 15/08/2020
Accepted: 27/10/2020

الإجراءات القانونية التي تم اتخاذها في حالة فيروس كورونا كوفيد-19 بين المبررات والمخاطر

شاكر المزوغي

أستاذ مشارك في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر
chaker.mzoughi@qu.edu.qa

ملخص

لا تمثل المشاكل القانونية المتعلقة بفيروس كورونا نتائج مباشرة للوباء؛ بل هي آثار ناتجة عن الإجراءات القانونية التي اتخذتها السلطات العامة للتعامل مع كوفيد-19. بالتالي فإن الاشكالية التي تتعرض لها هذه الدراسة تتمثل في السؤال التالي: ما الآثار القانونية الناتجة عن الإجراءات المتخذة لمواجهة كورونا؟

لقد تأثرت جميع تخصصات القانون العام والقانون الخاص بهذه الإجراءات القانونية، من القانون الإداري إلى القانون المدني وقانون الملكية الفكرية. ومع ذلك، تمت الإشارة بشكل خاص إلى مستويين بارزين: الحريات الفردية، والأمن التعاقدي.

الكلمات المفتاحية: كوفيد - 19، الحريات الأساسية، الموائمة، مبدأ التناسب، الأمن التعاقدي

للاقتباس: المزوغي، شاكر. "الإجراءات القانونية التي تم اتخاذها في حالة فيروس كورونا كوفيد - 19 بين المبررات والمخاطر"، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الرابع، 2020، عدد خاص حول (القانون وفيروس كورونا المستجد "كوفيد-19")

<https://doi.org/10.29117/irl.2020.0147>

© 2020، المزوغي، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقاً لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

Legal Measures taken in the event of Covid-19 between justifications and issues

Chaker Mzoughi

Associate Professor of Private Law, College of Law, Qatar University
chaker.mzoughi@qu.edu.qa

Abstract

The legal problems associated with the Coronavirus are not direct consequences of the pandemic, but rather effects generated following the measures taken by the public authorities to deal with Covid-19. Therefore, the question that arises is the following: How did the legal measures taken in connection with Covid-19 disrupt legal field? All disciplines of public and private laws have been affected by these measures, from administrative law to civil law and intellectual property law. However, two salient aspects were particularly pointed out: individual freedoms and contractual security.

Keywords: Covid-19; Fundamental Freedoms; Contractual Security; Proportionality; Opportunity

Cite this article as: Mzoughi Ch., "Les Mesures légales prises à l'occasion du Covid19- entre justifications et enjeux", *International Review of Law*, Vol. 9, Issue 2020 ,4, Special Issue on (Law and COVID - 19)

<https://doi.org/10.29117/irl.2020.0147>

© 2020, Mzoughi, licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

INTRODUCTION

« Notre époque est de plus en plus traversée par des crises qui bousculent le droit de temps normal. L'insuffisance de celui-ci pour faire face à différents dangers qui menacent la vie entraîne le recours à des régimes de crise. Il s'agit de régimes d'exception temporaires qui permettent aux pouvoirs publics de prendre les mesures adaptées et exigées par les circonstances »¹.

Depuis leur adoption, ces mesures ont ravivé les débats sur l'ampleur des restrictions qu'ils contiennent et la faiblesse des contrôles pour éviter les abus éventuels de leur utilisation.

Le Coronavirus se caractérise par une forte transmissibilité et un taux de létalité élevée. Le 30 janvier 2020, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) avait qualifié l'épidémie du coronavirus d'urgence de santé publique de portée internationale. Cette propagation a poussé les Etats², à prendre des mesures sanitaires sans précédent pour la protection de leurs habitants.

Crise sanitaire, économique et sociale, le coronavirus est avant tout une crise humaine « qui devient rapidement une crise des droits de l'homme », a alerté le Secrétaire général de l'ONU, António Guterres³.

1 Andriantsimbazovin J., « Les régimes de crise à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles », Colloque virtuel, Droit et Coronavirus, Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles», *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2020 chronique, n°20, <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/les-regimes-de-crise-a-lepreuve-des-circonstances-sanitaires-exceptionnelles/>, consulté le 25/9/2020.

2 De ce fait, Le Gouvernement qatarien a annoncé des mesures visant à lutter contre la propagation du coronavirus Covid-19 : lors de déplacements routiers, obligation est faite de ne pas compter plus de deux personnes dans un véhicule individuel ; la pratique du sport est limitée aux environs immédiats de son lieu de résidence, avec port d'un masque et respect de la distanciation sociale ; elle ne doit pas donner lieu à des regroupements ; fermeture de lieux des commerces ; la fermeture des magasins de détail et des succursales bancaires dans les complexes commerciaux et les centres commerciaux, à l'exception des magasins et des magasins d'alimentation et des pharmacies ; fermeture des magasins et de toutes les activités des salons de coiffure masculins et féminins, jusqu'à nouvel ordre, et arrêt des services à domicile fournis par certains de ces salons de coiffure ; obligation faite à toute personne d'installer l'application EHTERAZ sur son téléphone portable et de la rendre active à chaque fois qu'elle quitte son domicile. Le non-respect de ces différentes nouvelles mesures, qui ont pour objectif de limiter la diffusion de la pandémie Covid-19, entraînera les sanctions prévues par la loi No. (17) de 1990 sur la prévention des maladies infectieuses : peine de prison de 3 ans maximum et amende pouvant aller jusqu'à 200 000 QAR. L'entrée sur le territoire qatarien demeure toujours interdite aux étrangers, quel que soit leur statut, y compris, donc, aux résidents détenteurs d'un titre de séjour « Q ID ». Le parlement tunisien a approuvé, samedi 4 avril 2020, par une majorité de 178 voix, le projet de loi 30-2020 sur l'activation de l'article 70 de la Constitution tunisienne pour permettre au Chef du gouvernement, provisoirement, le pouvoir de promulguer des décrets lois en relation avec les mesures prises pour affronter la crise du Covid-19. Le Parlement français a adopté la Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, J.O.R.F., n°0072 du 24 mars 2020, et la Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie du covid-19, JORF n°0078 du 31 mars 2020. Le gouvernement marocain a élaboré le décret-loi n° 2.20.292 relatif à l'état d'urgence sanitaire et aux procédures de sa déclaration et le décret 2.20.293 portant annonce à l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national, pour faire face à la propagation du nouveau coronavirus (Covid-19) qui a permis d'instaurer l'état d'urgence sanitaire sur tout le territoire national, du 20 mars à 18h jusqu'au 10 octobre 2020.

3 Disponible sur le site des Nations Unies. <https://www.un.org/fr/>, consulté le 01/10/2020.

L'objet de cette étude est de montrer la tension entre la nécessité d'adopter des mesures susceptibles d'endiguer la crise sanitaire et la non moins indispensable nécessité d'éviter les abus dans l'usage d'un régime de crise. D'où l'intérêt de cette recherche. En effet, sous l'angle spécifique du droit des régimes d'exception, et face à l'empilement et l'éparpillement de ces régimes, cette étude amène à (r)ouvrir le débat sur la nécessité de prévoir un encadrement global des régimes d'exception. Par ailleurs, cette étude va permettre de revisiter des notions et des solutions classiques dans un contexte nouveau qui se caractérise notamment par sa dimension internationale. Le COVID-19 a mis à l'examen la mondialisation tant convoitée par ses partisans.

Toutefois, il y a lieu de signaler que les problèmes juridiques rattachés au Coronavirus ne constituent pas des conséquences directes à la pandémie, mais plutôt des effets engendrés suite aux mesures prises par les pouvoirs publics pour faire face au COVID-19.

Dès lors la question qui se pose est la suivante: Comment les mesures légales prises à l'occasion du COVID-19 ont-t-elles perturbé la vie juridique? Le Coronavirus a chambardé la vie juridique. Toutes les disciplines du droit public et du droit privé ont été affectées par ces mesures, du droit administratif au droit civil en passant par le droit de propriété intellectuelle. Toutefois, deux volets saillants ont été particulièrement montrés du doigt: les libertés individuelles (**Première Partie**), et la sécurité contractuelle (**Deuxième Partie**).

Première Partie : les libertés individuelles A l'épreuve des mesures légales prises à l'occasion de la Covid-19

La gestion de la crise liée au COVID-19 a été et continue à être très complexe. Elle a été l'occasion d'une multitude d'écrits et de polémiques. Mais toujours le même problème qui se pose. Deux impératifs contraires s'affrontent : d'un côté, les autorités publiques qui tendent à imposer des mesures restrictives pour préserver la sécurité sanitaire, de l'autre côté, les individus qui aspirent à protéger leurs libertés fondamentales. Mais la question n'est pas nouvelle. Il faut remonter à la première poussée individualiste au 18^{ème} siècle pour percevoir l'introduction de l'idée d'humanité dans les théories politiques⁴. Le mouvement des philosophes avait abouti à la déclaration des droits sacrés et inaliénables. Dès lors, et c'est ici qu'il faut en venir, l'Etat est devenu pour les individus un protecteur animé d'une sollicitude des plus envahissante. Son immixtion débordante dans tous les domaines heurte parfois les libertés individuelles. « Chaque individu, dit Jean-Jacques Rousseau dans le premier livre de son contrat social, peut, comme homme, avoir une volonté particulière

4 Duguit L., « Aperçu général de la doctrine politique de J.-J. Rousseau », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1918, 25^{ème} année, Volume 35, n° 3, p. 178, M. Giard et E. Brière librairies-éditeurs, Paris, France.

contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen, son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun »⁵. Il va alors chercher à réagir et à se défendre. La lutte contre le coronavirus s'est faite au détriment de certaines libertés, notamment la liberté de circulation, la liberté de réunion, la liberté de culte... Dès lors un citoyen ou un groupe de citoyens peut-il réclamer la révocation de certaines dispositions légales⁶ relatives au COVID-19 pour atteinte à sa liberté?

Quel serait le fondement de cette révocation? Dans cette première partie nous rechercherons les principes sur lesquels pourrait-être bâti la révocation d'une disposition légale relative au COVID-19 pour atteinte à une liberté individuelle. Ces principes se groupent autour de deux idées fondamentales : l'opportunité et la proportionnalité.

Paragraphe premier : l'opportunité des mesures restrictives de libertés individuelles

La grande pandémie du COVID-19 s'est traduite par une expansion extraordinaire du pouvoir de l'Etat. Partout les pouvoirs publics se sont empressés à imposer des mesures restrictives et les citoyens se sont vu imposer une limitation importante de leurs libertés individuelles : un confinement obligatoire a été instauré, un couvre-feu a été prévu, le port obligatoire du masque, l'interdiction de réunion et de manifestation, la fermeture des frontières, et les piétions se sont trouvés traqués par des drones et soumis à d'incessants contrôles de police. Ces mesures ont débouché sur un feu d'artifices de procès pour la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ⁷. Or, par de nombreuses ordonnances, le Conseil d'Etat français a rejeté plusieurs recours qui portait sur l'adaptation de certaines mesures en jugeant que ces moyens ne portaient pas une atteinte grave aux libertés fondamentales ce qui a laissé l'impression chez certains commentateurs que la haute juridiction administrative agissait sous influence.⁸

De son côté, le Conseil d'Etat suisse a invoqué le 16 mars 2020 l'état de nécessité pour renforcer les mesures contre la propagation des mesures⁹.

5 Rousseau J.-J., *Du contrat social ou principes de droit politique*, Paris, France, 1795, édition numérique édité par la Bibliothèque numérique romande en juin 2015, Chapitre XII, p. 23. <http://www.erara.ch/download/pdf/2697329?name=Du%20contrat%20social%20ou%20principes%20du%20droit%20politique>, consulté le 31/8/2020.

6 Brunet J.-F., *De la responsabilité de l'Etat législateur*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit, Université de Paris, 1936, E. De Boccard Editeur, Paris, France, 1936. p.2.

7 Patrick M.-G., « Covid-19 : Le Conseil d'Etat, entre nécessité des mesures de police administrative et préservation des libertés publiques », *Revue politique et parlementaire*, 122^{ème} année, N° 1094-1095, Janvier-juin 2020, p. 1, Paris, France. <https://www.revuepolitique.fr/covid-19-le-conseil-detat-entre-necessite-des-mesures-de-police-administrative-et-preservation-des-libertes-publiques/>, consulté le 30/9/2020.

8 *Ibidem*

9 Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 16 mars 2020. file:///C:/Users/cm18471/Downloads/2_ace_16032020_plan_de_continuite_v2_fm_pdfa.pdf, Consulté le 30/9/2020.

Comme le relève A. de Laubadère, « lorsque le juge administratif veille au respect de l'obligation qu'a l'autorité administrative investie d'un pouvoir discrétionnaire de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de se décider dans un sens ou dans l'autre, son contrôle ne porte pas atteinte à ce qui constitue l'essence même du pouvoir discrétionnaire, à savoir le choix de la décision la plus opportune »¹⁰.

Ne pas voyager, ne pas sortir de chez soi, porter un masque, travailler à distance, s'abstenir de s'exprimer pour ne pas encourager les fake-news, télécharger des applications qui enregistrent les mouvements et déplacement ou demander l'autorisation de circuler deviennent des mesures tolérées. La peur que suscite, aujourd'hui, le Covid-19, vient renforcer celle provoquée, par le terrorisme et, par conséquent, faire accepter par tous des mesures plus restrictives envers les libertés individuelles¹¹.

D'où l'interrogation sur l'opportunité des mesures prises pour lutter contre le Coronavirus. Ces mesures étaient-elles vraiment opportunes pour justifier ces restrictions ? dans l'hypothèse d'une réponse négative l'absence d'opportunité pourrait fonder la révocation de ces mesures.

L'opportunité d'une décision signifie son adéquation et sa nécessité pour la situation en cause.

On parle d'opportunité pour indiquer le critère selon lequel l'administration se décide quand elle agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire¹². La notion de pouvoir discrétionnaire concerne l'appréciation de l'opportunité des mesures à prendre par l'administration¹³. Il s'agit d'un pouvoir d'appréciation pour choisir la décision qui lui semble la plus opportune. Toutefois, les décisions prises dans le cadre de ce pouvoir discrétionnaire n'échappent pas au droit et au contrôle du juge.

« Par le terme d'opportunité, en droit administratif, on vise une qualité, la qualité de ce qui est apte à réaliser les objectifs de l'administration : l'opportunité est donc donnée par des impératifs extra-juridiques... c'est un critère d'utilité, hors du droit »¹⁴.

L'administration est soumise dans son action au respect des règlements et des lois en

10 De Laubadère A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges en l'honneur de M. Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, T. II, pp. 534 et 535.

11 Bassou A., « COVID 19 : nécessité d'un Etat fort et souci des libertés individuelles », <https://www.policycenter.ma/opinion/covid-19-un-virus-liberticide#.X32VLGzy2w>, Consulté le 15/5/2020.

12 Panchaud A., « La décision administrative, Etude comparée », *Revue internationale de droit comparé*, Quatorzième année, N°4, Octobre-décembre 1962, L.G.D.J., Paris, France, p. 685.

13 Maitrot (J.-Cl.), « Pouvoir Discrétionnaire », *Encyclopaedia Universalis*, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/pouvoir-discretionnaire>, Consulté le 20/9/2020.

14 Panchaud, *Op. Cit.*

vigueur. Selon la doctrine, la mission première du juge administratif est le contrôle du respect des normes qui s'imposent à l'administration et il ne doit juger qu'en droit. Mais depuis l'arrêt Canal du 19 octobre 1962¹⁵, la doctrine parle d'un contrôle d'opportunité de la part du juge. Le problème du contrôle de l'opportunité a alors fait débat puisque le juge n'était pas censé savoir si la décision de l'administration était opportune ou non.

Le seul obstacle à l'admission d'un recours en révocation contre une mesure légale pour absence d'opportunité réside dans le fait que la plupart des législateurs prévoient que le contrôle du juge administratif consiste en une vérification que l'administration observe la loi, c'est-à-dire un contrôle de légalité ce qui exclut donc le contrôle d'opportunité. En revanche, on peut déceler les prémices d'un revirement législatif. C'est ainsi qu'en Allemagne, le contrôle d'opportunité est autorisé aux cas où les collectivités n'exercent pas leurs propres compétences, mais agissent par délégation, pour le compte de l'Etat fédéral. L'Italie prévoit le contrôle d'opportunité sur les lois régionales. Aux Pays-Bas, le champ du contrôle d'opportunité peut sembler moins restreint. En effet, la Constitution, de même que les lois sur les provinces et les communes, prévoient que les décisions des provinces et des communes peuvent être annulées non seulement lorsqu'elles sont illégales, mais aussi lorsqu'elles sont contraires à l'intérêt général. Les textes de droit administratif néerlandais qui instituent des recours au profit des administrés, se bornent généralement à citer, parmi les causes de censure, la méconnaissance des principes généraux de bonne administration. En Angleterre et au Pays de Galles, le contrôle des actes des collectivités territoriales constitue bien davantage un contrôle d'opportunité qu'un contrôle de légalité.

Ainsi, la voie semble ouverte pour un recours en révocation pour absence d'opportunité des mesures légales relatives à la COVID-19 et restrictives de libertés individuelles sous réserve évidemment de prouver l'absence d'opportunité. En d'autres termes il faudra prouver l'absence de pertinence des décisions par rapport au contexte.

« Des mesures aussi restrictives des libertés individuelles que celles qui restreignent la circulation ou imposent la dissimulation du visage ne sauraient être fondées sur des peurs de ce qui pourrait se passer dans l'avenir ou sur des prévisions plus ou moins fiables »¹⁶.

La jurisprudence administrative ne peut être négatrice du mouvement de protection des droits humains qui entraîne une modification de législations. L'admission d'un contrôle

15 Dans lequel le Conseil d'Etat français annule une ordonnance du 1er juin 1962, Conseil d'Etat, Assemblée, du 19 octobre 1962, 58502, publié au recueil Lebon.

16 Article collectif signé par une cinquantaine de juristes, « Covid : Les mesures restrictives de liberté résistent-elles au test de proportionnalité ? », publié à Dalloz actualité, édition du 5 octobre 2020, <https://www.dalloz-actualite.fr/node/covid-mesures-restrictives-de-liberte-resistent-elles-au-test-de-proportionnalite#.X3rzy2gzY2w>, consulté le 6/10/2020.

d'opportunité contribue au renouvellement de l'approche des contrôles en lui accordant un champ plus large afin de conforter la légitimité de l'Etat auprès des citoyens¹⁷.

Tout le monde est d'accord pour considérer que le pouvoir discrétionnaire de l'administration connaît une extension considérable à la suite de la multiplication et de la diversification de ses interventions. La préoccupation s'est toutefois manifestée d'éviter que le discrétionnaire ne dégénère en arbitraire¹⁸.

Répondant à cette préoccupation, le juge a, avec l'aide de la doctrine, procédé à une évolution du contrôle lui permettant de pousser son contrôle de la légalité des décisions de l'administration prises dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire vers un contrôle de l'opportunité¹⁹.

La mesure doit être nécessaire pour prévenir un risque sanitaire. Faute de risque, elle est inopportune. Elle doit être apte à atteindre le but visé, faute de quoi elle n'est pas adéquate, ou pas appropriée.

Ainsi, l'obligation de porter un masque de protection dans les lieux publics ouverts devrait être considéré inopportun s'il était avéré que le masque ne présente pas d'utilité dans les lieux extérieurs dans lesquels n'existe aucun risque particulier de contamination. De même, l'obligation du port du masque sans interruption dans les établissements scolaires à partir de l'âge de 11 ans devrait être considérée inutile s'il était avéré que, les enfants ne sont ni porteurs ni transmetteurs de la maladie. C'est la raison pour laquelle ces mesures inutiles peuvent encourir la censure du juge administratif²⁰.

Toutefois, l'administration pourra se prévaloir d'un autre principe pour rejeter le recours pour absence d'opportunité, il s'agit du principe de précaution²¹.

Selon ce principe, l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles²².

17 Magdalijs Ch., « Le contrôle de l'action administrative, contribution à une typologie réorientée des contrôles », *Pyramides*, 8 | 2004, <http://journals.openedition.org/pyramides/376>, consulté le 15/9/2020.

18 Andersen R., « Le juge de l'excès de pouvoir et la mise en balance des intérêts en présence », in *Droit et intérêt, Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Ouvrage collectif sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove, Volume 3, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 141.

19 *Ibidem*.

20 Article collectif signé par une cinquantaine de juristes, « Covid : Les mesures restrictives de liberté résistent-elles au test de proportionnalité ? », *Op. Cit.*

21 Christine N., « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, Vol. 3, no. 1, 2009, pp. 73-89.

22 De Sadeleer N., *Le statut juridique du principe de précaution*, François Ewald éd., Le principe de précaution. Presses Universitaires de France, 2008, pp. 73-103.

Si ce principe doit sa notoriété au droit de l'environnement, il est susceptible de recevoir et reçoit application dans d'autres branches du droit. C'est le cas dans les recours pour absence d'opportunité. Le juge administratif peut y avoir recours notamment pour vérifier, dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, si, l'autorité administrative a procédé à une appréciation raisonnable des intérêts en présence et encore, si la solution retenue par l'administration ne comporte pas plus d'inconvénients qu'elle ne présente d'avantages

Dès lors, les autorités publiques sont en droit de prendre des mesures de protection sanitaire sans avoir à attendre que la réalité et la gravité des risques soient pleinement démontrées mais lorsque des incertitudes subsistent quant à l'efficacité de ces mesures pour la santé des personnes, tel le port obligatoire du masque, l'existence de ces incertitudes permet à ce que ces mesures soient reconnues comme une atteinte à la liberté.

Paragraphe deuxième : la proportionnalité des mesures restrictives de libertés individuelles

Le 19 mai dernier, l'Union internationale des avocats a exprimé dans un communiqué sa préoccupation par les effets délétères de l'actuelle pandémie mondiale du COVID-19 et qu'elle continuera d'avoir quant aux libertés fondamentales²³.

Une crise sanitaire peut justifier l'intervention des pouvoirs publics par des mesures restrictives ou limitatives de certaines libertés fondamentales. La difficulté consiste alors à trouver l'équilibre entre les prérogatives de l'Etat nécessaires à sa mission et les libertés fondamentales des individus.

Peut-on qualifier les mesures restrictives de libertés individuelles prises dans le cadre de la lutte contre le Coronavirus ou certaines d'entre elles, comme des mesures exagérées ? en d'autres termes peut-on reprocher à ces mesures d'être disproportionnées ?

Le principe de proportionnalité est défini comme une exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise²⁴. La proportionnalité permet de guider le juge dans son appréciation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration. L'objectif est de ne pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire²⁵.

23 file:///C:/Users/cm18471/Downloads/uia_iroL_rol_declaration_covid-19_edd_20200519_0.pdf , consulté le 2020/8/22.

24 Guibal M., « De la proportionnalité », in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, France, 1978, p. 4788 ; Fromont M., « Le principe de proportionnalité », in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, France, 20 juin 1995, numéro spécial, p.158 ; Braibant G., « Le principe de proportionnalité », in *le juge et le droit public, Mélanges Marcel Waline*, Tome 2, L.G.D.J., Paris, France, 1974, p. 298.

25 Chapus R., *Droit administratif général*, Tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, Paris, France, 2001, p. 727.

Appliqué au Coronavirus, ce principe implique de vérifier si l'Etat a imposé à la liberté des restrictions qui excédaient ce qui était nécessaire. La règle étant la liberté et les restrictions doivent demeurer des exceptions. L'Etat ne peut limiter la liberté des citoyens que dans la mesure indispensable à la protection des intérêts publics²⁶.

Les mesures de prévention ont touché la plupart des libertés individuelles : la liberté de réunion, la liberté de circulation, la liberté du commerce et de l'industrie et même la liberté d'accomplissement des rites religieux ...

Plusieurs citoyens estiment que l'exagération permanente de la menace sanitaire, que dément l'examen précis des données sur la mortalité liée à la COVID-19, a déjà conduit et risque encore à tout moment de conduire à des mesures restrictives des libertés individuelles.

Le 6 septembre 2020, le Conseil d'État français semble procéder d'une application de l'exigence de proportionnalité en considérant que le port du masque peut être imposé sur des zones larges. Toutefois ces périmètres étendus doivent être délimités « et se justifier » par l'existence de plusieurs zones à fort risque de contamination. Le port du masque peut ainsi être imposé sur l'ensemble d'une ville densément peuplée, mais doit être limité au centre-ville dans les communes moins denses²⁷.

Les griefs adressés aux mesures restrictives ont trait aux deux variables de la proportionnalité : tout d'abord, la nature ou l'étendue des mesures prises. Ensuite, la durée des mesures imposées.

Concernant le premier niveau, le caractère général de certaines mesures ne se justifiait pas. En effet, les pouvoirs publics n'ont pas pris en considération ni la spécificité de certaines zones géographiques, ni la spécificité de certaines personnes. C'est ainsi par exemple que la particulière vulnérabilité des sans domicile fixe pour lesquelles un confinement obligatoire serait inapproprié compte tenu de leur situation qui ne leur permet pas de rester confinés et donc de fournir le motif de leurs déplacements.

Ces mesures doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de lieu. Les mesures générales et absolues doivent être révoquées.

26 Schwarze J., *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2^{ème} édition, 2009, P. 732 ; Sauve J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *Discours au Conseil d'Etat français* le 17 mars 2017, https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftn36 consulté le 25/9/2020.

27 Article collectif signé par une cinquantaine de juristes, « Covid : Les mesures restrictives de liberté résistent-elles au test de proportionnalité ? », Op. Cit.

C'est ainsi que toute mesure restrictive de liberté doit se baser sur une véritable appréciation des faits. Il faudrait pour parler objectivement de l'épidémie, parler de taux de positivité et non pas du nombre de cas testés positifs.

Pour la détermination du nombre de la population contaminée, il faut comparer le nombre de tests par rapport aux populations, c'est-à-dire le nombre de cas sur le nombre d'habitants pas sur le nombre de tests réalisés, c'est la donnée scientifique la plus importante. En outre, il faut dans le nombre de tests effectués déterminer le nombre de tests positifs mais aussi le nombre de tests négatifs. C'est le nombre total des tests qui doit intervenir dans le calcul car il indique le rapport entre les cas positifs et le total des cas testés.

Concernant le second niveau, la poursuite de certaines restrictions ne se justifiait pas avec l'évolution de la situation sanitaire. Ces mesures doivent être appropriées aux circonstances de temps.

Les mesures de restriction des libertés doivent être limitées que possible, tant dans leur portée que dans leur durée, pour atteindre les objectifs nécessaires à la lutte contre la pandémie. Ces critiques doivent inciter à davantage réfléchir sur la proportionnalité des mesures qui ont suspendu et restreint, et restreignent encore, des libertés aussi fondamentales que la liberté d'aller et venir, le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle, les libertés de réunion et de manifestation, la liberté du commerce et de l'industrie, etc.

L'urgence sanitaire que rencontrent tous les pays du monde place la condition des droits et libertés dans une situation exceptionnelle.

Des mesures d'exception sont certes indispensables pour préserver la santé de tous. Toutefois, le juge administratif en tant que défenseur des droits et garant des libertés doit rester vigilant à ce que ces mesures ne portent pas une atteinte excessive aux droits et libertés des personnes.

Si l'urgence sanitaire altère le cours normal des choses, le juge administratif doit veiller aussi à ce que les mesures temporaires mises en place ne privent pas d'une manière disproportionnée les personnes de leurs libertés.

En Afrique du Sud, et suite aux abus constatés, des mesures ont été prises avec la nomination d'un juge pour assurer un équilibre prudent entre la nécessité de suivre la propagation de la pandémie et la nécessité de respecter les libertés civiles et le droit à la vie privée des citoyens.

« On rappellera que, de manière classique, chacune des mesures de police administrative, doit être proportionnée par sa nature et sa gravité aux circonstances qui les motivent (CE, 19 mai 1933, Benjamin). De telles mesures de police doivent aussi être limitées dans le temps et l'espace (CE, 22 juin 1951, Daudignac) »²⁸.

Deuxième partie : la sécurité contractuelle a l'épreuve des mesures légales prises à l'occasion du covid-19

Parce qu'elles contractent en toute liberté et sur un pied d'égalité, les parties demeurent les meilleures juges de leurs propres intérêts sans que, par principe, le législateur ou le juge n'ait à intervenir. Les relations contractuelles sont dictées par la liberté des parties excluant ainsi, par principe, l'intervention du législateur et du juge²⁹.

Cependant, les mesures légales prises à l'occasion du COVID-19, ont accentué l'intervention du législateur pour assurer l'équilibre des relations contractuelles³⁰.

Or, cette intervention peut être lourde de conséquences et mérite toute attention³¹. En effet, pour promouvoir une certaine justice contractuelle³², le législateur a clairement sacrifié le principe de sécurité contractuelle.

Dès lors il convient de s'interroger sur l'impact de cette intervention sur la sécurité contractuelle.

La sécurité contractuelle³³ est la garantie pour les cocontractants de maintien et de stabilité du rapport contractuel sans qu'un quelconque incident de quelque nature que ce soit ne vienne perturber cette situation. Il s'agit d'une assurance pour l'avenir. Une garantie d'une situation durable et stable. L'adage du philosophe français André Fouillée « qui dit contractuel, dit juste », sous-entend que ce qui est contractuel est sûr. Le contrat est un instrument essentiel à la sécurité. Le contrat a pour objectif d'assurer d'une manière

28 Moiroux J. et autres, « COVID 19 : police administrative et circonstances exceptionnelles », <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck88loveq0txd0a071y1r67az/covid-19-police-administrative-et-circonstances-exceptionnelles>, consulté le 28/9/2020.

29 Mazeaud D., « Le juge et le contrat (variations optimistes sur un couple « illégitime ») », *Mélanges offerts à Jean Luc Aubert*, Dalloz Paris, France, 2005, p.25.

30 Asfar-Cazenave C., « Le nouveau droit français des contrats », in *La revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, Canada, 2015, Vol. 49, P. 732. https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/13587_C_Asfar-Cazenave.pdf, consulté le 28/8/2020.

31 Cabrillac R., « Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision, Études de droit contemporain ». Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014), in *Revue internationale de droit comparé*, Edition Société de législation comparée, Paris, France, Vol. 66 N°2, 2014. pp. 337-344.

32 Tawali J.-M., *Essai sur la justice contractuelle Contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, Thèse de doctorat, Université Laval, Canada, 2015, p. 6 et s.

33 Charpentier E., « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : l'exemple de la lésion en Droit Québécois », *Revue du notariat*, Montréal, Canada, 110 (2), 545-562. <https://doi.org/10.7202/1045551ar>, consulté le 2/9/2020.

statique la conservation des droits acquis face au développement dynamique du contexte.

Toutefois, par l'interventionnisme affirmé du législateur pour faire face au Coronavirus, la sécurité contractuelle s'est trouvée menacée à double titre : la survie du contrat (Paragraphe Premier), et son intangibilité (Paragraphe Deuxième)

Paragraphe premier: la survie du contrat a l'épreuve des mesures légales prises à l'occasion du covid-19

Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits et ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. Il en découle que, par principe, seules les parties au contrat qui ont décidé des termes de leur engagement, peuvent ensuite intervenir sur celui-ci pour le révoquer *mutuus dissensus*. Cela signifie que le législateur semble, de prime abord, exclu de cette relation exclusive liant les cocontractants

La loi peut-elle imposer le maintien d'un contrat fini ou la fin d'un contrat en cours suite à une crise?

Pour le premier cas, on a assisté à plusieurs situations pendant lesquels le législateur est intervenu pour imposer la poursuite de la relation contractuelle en dépit des clauses expresses du contrat. Il s'agissait de protéger l'une des parties au contrat qui est devenue vulnérable suite à une crise politique, économique ou sociale. Il en est ainsi par exemple de la loi tunisienne de 1976 qui a expressément prolongé les contrats de location venus à terme suite à la crise de logement.

Pour le deuxième cas, le meilleur exemple est le licenciement pour des motifs économiques spécialement prévus par certains législateurs suite au COVID-19 (quoique ce motif existe d'une manière générale dans la plupart des législations) il est cette fois-ci caractérisé par le fait qu'il est rappelé par certains législateurs à travers les mesures prises pour limiter les conséquences fâcheuses de la crise. D'ailleurs, la fin de ces contrats prévue à la suite de la crise a été soumise à un régime très souple et déroge aux procédures contraignantes des règles générales de licenciement pour des raisons économiques.

Ainsi, ces mesures ont contribué au développement de la rupture imposée par la loi à l'une des parties.

Traditionnellement, la rupture du contrat suppose un recours préalable au juge. La résolution du contrat doit être demandée en justice. Or, les mesures légales relatives au Coronavirus ont autorisé dans certains cas, une rupture légale. De multiples contractants, en raison de leur vulnérabilité, se voient bénéficier d'un droit de rupture « légale ». Avec

les nouvelles mesures, il est possible de rompre un contrat sans l'intervention du juge³⁴ ce qui constitue une évolution en matière de rupture du contrat.

Ce mode nouveau et peu commun de rupture du contrat semble avoir été pour certains législateurs, le moyen le plus efficace et le plus économique pour rétablir la justice contractuelle au détriment de la sécurité contractuelle.

Dès lors, comment ce sacrifice de la sécurité contractuelle pourra être justifié ?

Un premier fondement peut être avancé. Il s'agit d'un fondement moral. G. Ripert a pu écrire il est « Immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne »³⁵.

Par ailleurs, l'intangibilité des principes directeurs de la théorie du contrat n'est pas absolue. S'il est permis à l'un des contractants de résilier unilatéralement le contrat lorsque l'exécution devient impossible, a fortiori, le législateur en tant que tierce au contrat complètement intègre pourra se procurer ce droit dans certains cas exceptionnels.

D'un autre côté, les difficultés économiques liées à la crise sanitaire ont largement dépassé les prévisions de tout contractant quel que soit son degré de diligence ou de vigilance. La rupture légale du contrat s'avère ainsi comme un moyen pour faire face à une situation très particulière³⁶. Elle est en quelque sorte poussée par l'urgence de la situation³⁷. Ainsi pour répondre à l'impératif de l'urgence, le législateur va aménager certaines règles afin d'obtenir une solution rapide.

Les exigences économiques et sociales liées à la situation actuelle demandent une certaine souplesse de traitement ou plutôt une certaine rigidité pour imposer des exceptions. En matière de rupture contractuelle, la révocation judiciaire ne peut pas, dans certains cas exceptionnels, s'imposer³⁸. La lenteur de la procédure est funeste à l'urgence.

L'urgence justifiant une rupture légale des contrats résulte de circonstances graves qui ne permettent pas le maintien de la relation contractuelle, d'autant plus que les restrictions de déplacement et l'arrêt pendant une longue période de plusieurs services liés au système judiciaire rend un recours judiciaire très difficile, voire impossible.

Ces mesures seraient certes à l'origine de dommages envers les cocontractants, mais

34 Laouani Z., *Le juge et la résolution du contrat*, Thèse de doctorat, Université Lille II, France, 2001, p. 200.

35 Ripert G., *La règle morale dans les obligations*, LGDJ, Paris, France, 4ème édition, 1949, p. 160.

36 Sagues M.-L., *La rupture unilatérale du contrat*, Thèse de doctorat, Université de Paris, France, 1937, p.327.

37 Delobel C., *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, Thèse de doctorat, Université de Nice, France, 2012, p. 327.

38 Saidani H., *La rupture du contrat*, Thèse de doctorat, Université de Toulon, France, 2015-2016, p. 11 et s.

devraient éviter une défaillance générale plus grave. Le législateur a décidé par un acte de propre autorité pour que le dommage économique résultant de la crise soit moins important.

Invoquer l'urgence pour justifier un interventionnisme dans la rupture des contrats traduit une véritable évolution basée sur la consécration de la justice contractuelle en dépit de la sécurité contractuelle.

Dès lors, la question qui se pose est de savoir comment peut-on caractériser l'urgence? Quelles sont les situations qui peuvent être considérées comme telles pour justifier une telle entorse aux principes directeurs de la théorie générale du contrat?

l'apparente simplicité de cette notion n'est qu'une illusion³⁹. A priori, l'urgence correspond à la nécessité d'agir vite. « Son côté impératif voisine avec un caractère plutôt exceptionnel... elle peut être un justificatif à l'emploi de procédés hors normes »⁴⁰. L'urgence liée aux mesures légales décidées à la suite de la crise sanitaire tient à l'ampleur des conséquences économiques et sociales et à la volonté du législateur de limiter l'hémorragie et d'arrêter les retombés en cascade de la crise.

Ace titre, deux contrats ont particulièrement attiré l'attention du législateur : le contrat de bail et le contrat de travail. C'est ainsi que, le législateur a présumé une impossibilité définitive pour les locataires des baux commerciaux d'exécuter leurs contrats. Le législateur a prévu la rupture de ces contrats car le locataire ne peut plus exercer son activité et par conséquent, il serait injuste de lui demander de payer un loyer pour un local qu'il ne peut plus exploiter. Toujours est-il que cette impossibilité d'exécution est présumée. Le législateur a généralisé le bénéfice de cette présomption à tous les locataires, quelque soit leur situation, et abstraction faite de l'origine et de la date de leurs difficultés financières. Il appert que le fait de fonder une décision aussi importante sur une simple présomption et non sur des faits dûment établis constitue un abus certain et un coup de massue porté à l'encontre du principe de la sécurité contractuelle.

Par ailleurs, le législateur a basé sa décision sur une pseudo impossibilité définitive d'exécution sans pour autant prendre en considération au moment de la décision du caractère potentiellement provisoire ou temporaire de la crise.

S'il en est ainsi s'agissant de la rupture légale du contrat de bail commercial, quid de la rupture du contrat de travail ?

39 Baousson V. et autres, « La notion d'urgence en référé, Analyse de la jurisprudence des Cours d'Angers et de Rennes », in *Revue juridique de l'Ouest*, Université de Rennes, France, 1987, N°2, p. 173.

40 Gillet J.-L., « De l'urgence du jugement civil », in *Les Cahiers de la justice*, Ecole nationale de la magistrature et Dalloz, Paris, France, 2015, Vol. 1, n°1, p. 113.

Le confinement obligatoire ajouté aux restrictions aux déplacements des personnes et au transport des marchandises a eu un impact négatif sur l'activité économique des entreprises. Cette situation, considérée catastrophique par les pouvoirs publics lui a paru suffisante pour décréter le droit des employeurs de mettre fin unilatéralement aux contrats de travail.

Outre les griefs adressés au législateur concernant la rupture du contrat de bail et qui se vérifient aussi pour le contrat de travail, nous pouvons ajouter une autre critique relative au caractère définitif de la rupture. Traditionnellement, les décisions prises pour un souci d'urgence sont simplement suspendues avec une possibilité de révision ultérieure de ces mesures. Or, la rupture légale des contrats décidée suite à la crise sanitaire de par sa nature, est définitive et ne pourra pas être remise en cause ce qui constitue une véritable atteinte à la stabilité contractuelle. Le législateur s'est octroyé le droit de mettre fin au contrat et de le modifier.

Paragraphe deuxième : l'intangibilité du contrat a l'épreuve les mesures légales prises à l'occasion du COVID-19

Le contrat est défini comme étant la rencontre de volontés pour créer des obligations. La force obligatoire du contrat émane de cette volonté bilatérale et non d'une autorité extérieure, le législateur. La loi n'a donc pour rôle que de garantir l'exécution du contrat. Les règles légales en matière contractuelle sont pour l'essentiel supplétives. Cependant, le législateur peut intervenir en aval pour rétablir l'équilibre contractuel qui aurait disparu. Le législateur peut ainsi autoriser la révision du contrat dans des hypothèses exceptionnelles tout en étant limité par le principe d'intangibilité des contrats.

Le principe est que le législateur ne s'immisce pas dans les relations contractuelles en cours. En effet, son rôle est de prévoir par des règles générales et souvent supplétives le régime juridique des contrats⁴¹.

Le principe est qu'il n'appartient au législateur, quelque équitable que puisse lui paraître sa disposition, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions en cours des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants⁴².

41 Aubert J.-L., *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Paris, France, 2000, p. 116.

42 Giboulot, « note sous Cass. Civ., Arrêt Canal de Craponne, 6 mars 1876 », *Dalloz*, Paris, France, 1876. p. 193. « En l'espèce, il s'agissait d'un contrat du 16e siècle qui était encore en cours d'exécution à la fin du 19e siècle. Dans ce contrat du 16e siècle, il était prévu que le propriétaire du canal percevrait une certaine redevance pour l'entretien de celui-ci. Au 19e siècle, les héritiers du constructeur du canal, encore propriétaires de celui-ci, continuaient à assumer la charge d'entretien dudit canal. Cependant, la dépréciation monétaire entre le 16e et le 19e siècles avait rendu la redevance complètement dérisoire et inadaptée aux frais exposés par les propriétaires pour l'entretien du canal. ►

il n'est pas permis au législateur de modifier les stipulations que renferment les conventions⁴³.

« Les racines de la loi contractuelle plongent dans les droits de l'homme en société; d'où il suit que la loi de l'État doit en principe respecter le contrat, comme elle s'incline devant les droits de l'homme »⁴⁴.

Cependant, dans l'hypothèse du Coronavirus, il semble que l'intervention du législateur ait désormais su trouver sa place au sein des relations contractuelles liant les parties.

En outre, malgré une position de non-ingérence du législateur soutenue par une doctrine majoritaire prônant la conception libérale du contrat, d'autres auteurs⁴⁵ ont une position plus nuancée qui estime que l'intangibilité n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social, s'il n'apparaît plus adapté au but poursuivi, la portée de ce principe, peut et doit être modifiée⁴⁶

La question de la modification ou plutôt de la révision du contrat est invoquée à l'occasion de l'étude du principe de la force obligatoire du contrat⁴⁷. La question qui devient maintenant classique et largement débattue tournait autour de savoir si l'une des parties contractantes ou le juge pouvait intervenir pour réviser certaines clauses d'un contrat à exécution successive suite à un évènement qui a rendu la prestation du débiteur difficile. Cette théorie prétorienne connue sous le nom de la théorie de l'imprévision n'a pas été consacrée par tous les législateurs, par contre une jurisprudence a bâti les piliers de cette théorie à travers son évolution.

Mais la question qui se pose dans le cadre de cette étude diffère de celle relative à la modification du contrat par le juge. Il s'agit de s'interroger sur la possibilité d'une

L'écoulement du temps avait donc, en quelque sorte, déséquilibré le contrat puisque les parties n'avaient pas su, dès le début, anticiper le risque d'une érosion monétaire. La redevance fixée à l'époque de la construction du canal ne permettant donc plus de couvrir les frais d'entretien du canal, les propriétaires ont décidé de saisir les tribunaux afin de faire revaloriser la redevance. Les juges du fonds avaient fait droit à cette demande puisqu'ils avaient estimé que la redevance devait être réévaluée proportionnellement à l'augmentation des charges que les propriétaires exposaient. A la question Est-il possible de porter atteinte aux prévisions contractuelles des parties dès lors que les circonstances économiques sous-tendant le contrat ont changé ?, la Cour de cassation répond par la négative à cette question et casse la décision des juges du fonds. La Cour de cassation refuse donc que les juges du fond se fondent sur l'équité pour venir en aide aux parties imprévoyantes, et ce malgré le caractère exceptionnel des circonstances ». <https://www.doc-du-juriste.com/blog/conseils-juridiques/fiche-arret-arret-canal-craponne-6-mars-1876-chambre-civile-24-04-2017.html>, consulté le 2/9/2020.

43 Capitant H., Terre F., Lequette Y., « Note sous Cass. Civ., 15 avril 1872 », *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, France, 2000, T. II, n° 160.

44 AYNES L., « Le contrat, loi des parties », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, France, n° 17, mars 2005, p. 2.

45 Mestre J., « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat » in *Le juge et l'exécution du contrat*, avant-propos, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1993, France, p. 1 ; Mazeaud D., « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », Rapport de synthèse présenté au 94^{ème} Congrès des notaires, *Defrénois*, Paris, France, 1998, p. 1137.

46 Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1999, p. 771 et s.

47 Goubinat M., *Les principes directeurs du droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université Grenoble Alpes, France, 2016, p. 85 et s.

éventuelle intervention de la part du législateur pour modifier les contrats en cours ce qui mettrait en cause la sécurité contractuelle.

La légitimité de cette intervention ne devra poser aucun problème étant donné que son fondement est un texte de loi. Concernant la possibilité de réviser un contrat par le législateur, la stabilité contractuelle est protégée par le principe de non rétroactivité de la loi en vertu duquel les situations contractuelles sont régies par la loi en vigueur le jour de la conclusion des contrats. D'une manière générale, ce principe n'est pas un principe absolu. Le législateur peut y porter atteinte de façon directe en adoptant des lois expressément rétroactives. Certes, les lois civiles rétroactives sont rares mais elles restent possibles et interviennent en période exceptionnelle.

Parce que le législateur est chargé, en période de crise, d'aménager certaines situations qui doivent s'adapter aux besoins nouvelles, il doit pouvoir imposer aux cocontractants de suivre l'évolution de ces besoins, sans recueillir leur consentement. C'est là le fondement originel du pouvoir de modification des contrats dont dispose le législateur.

Dans les contrats successifs de longue durée, c'est sauver le contrat que de lui permettre de survivre, adapté, à des circonstances qui en empêchent l'exécution⁴⁸.

La crise économique due à la pandémie COVID-19 offre la meilleure illustration de cette hypothèse. En effet, plusieurs législateurs se sont permis de réviser certains contrats notamment de location, d'investissement, d'ouvrage, de crédit...et d'imposer certaines dispositions aux situations contractuelles en cours et notamment la prorogation des délais. Le meilleur exemple reste le contrat de travail qui constitue une véritable exception au principe de non rétroactivité de la loi nouvelle.

Toutefois, le principe de non rétroactivité ne peut être analysé sans le recours à son corollaire le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle selon lequel la loi nouvelle s'applique aux effets futurs d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur.

Par ailleurs, il existe un autre mécanisme de révision des contrats par le législateur. Il s'agit des lois spéciales qui font échapper certaines situations contractuelles en cours de la loi générale en vigueur. Certes le législateur dispose d'un dispositif qui atténue l'effet de la rétroactivité à savoir une période transitoire qui perdure les contrats en cours sous la même loi mais à l'issue de cette période ces contrats seront régis par la nouvelle loi bien que naît sous l'empire de l'ancienne loi.

48 Aynes (Laurent), « Le contrat, loi des parties », *Op. Cit.* p. 3.

Si le pouvoir de modification législative fait partie des exceptions applicables aux contrats et existe depuis bien longtemps⁴⁹, il n'est pas absurde de penser que ce vieux principe⁵⁰ fait peau neuve avec les mesures légales prises à l'occasion du Coronavirus.

À la lecture de ces mesures, le pouvoir de modification législative des contrats connaît en effet, un nouveau souffle : loin de disparaître sous la poussière ou de s'éroder inexorablement, comme on aurait pu le croire, il connaît au contraire un certain essor.

Ainsi il appert que la technique juridique permet d'une façon exceptionnelle, les lois rétroactives liées à des circonstances très exceptionnelles. Les périodes de crise constituent ainsi la meilleure illustration de rétroactivité de lois civiles.

Cependant l'impératif de sécurité juridique d'une manière générale et de sécurité contractuelle d'une façon particulière doivent être préservés contre l'interventionnisme qui irait à l'encontre de la philosophie sur laquelle est basée la théorie générale du contrat.

49 Boullault A., « La modification unilatérale des contrats publics », in *Revue Actualité commande contrats publics*, 2015, n° 157, éditeur Le Moniteur, Paris, France, p. 45.

50 Roussel G., *Le contrat. De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, Thèse de doctorat, Université de Paris, France, L.G.D.J., Paris, France, 1936, p. 25 et s.

CONCLUSION

Le COVID-19 semble être une hypothèse où le législateur a, par son intervention, bafoué des libertés fondamentales⁵¹, et outrepassé la volonté des contractants.

Le droit se trouve ainsi plongé dans une nouvelle crise, des controverses et des incertitudes. L'histoire nous apprend qu'il existe des mouvements qui « passent inaperçus car ils sont fractionnés en une multitude de petits pas qui en eux-mêmes n'attirent guère l'attention, jusqu'à ce qu'un observateur se retourne et, tel le nageur piégé par la marée qui s'aperçoit soudain de l'éloignement de la côte, prenne conscience brutalement du chemin qu'à son insu on est en train de lui faire parcourir. Après le cri d'alarme vient le temps de l'analyse. Que se passe-t-il au juste, est-ce vraiment négatif, si oui comment y remédier ? »⁵²

Recommandations

A la fin de cette étude, il y a lieu d'appeler le législateur à prévoir un encadrement global des régimes d'exception, Déterminer les conditions applicables pour bénéficier des différents régimes d'exception. Par ailleurs, il serait judicieux de déterminer avec précision le contenu de certaines notions telle que l'urgence, l'opportunité et la proportionnalité... qui constituent des critères d'application des régimes d'exception. Enfin, des limites aux restrictions imposées aux libertés et droits fondamentaux devraient être clairement fixées.

51 Ferchichi W., Jelassi M.-A et Zayani M.-A., « Les libertés individuelles aux temps du Coronavirus, *Rapport sur l'état des lieux des libertés individuelles durant le confinement mars-juin 2020*, Association tunisienne de défense des libertés individuelles, Henrich Boll Stiftung, Tunis, Tunisie, Juillet 2020, p. 10 et s.

52 Housard E., « L'économie du contrat », in *Revue juridique de l'Ouest*, Université de Rennes, France, 2002, n° 1, p. 7.

