

특별기고

International Conference		
• 프랑스 저명학자 초청 국제학술 강연회 특별기고	해설 : 권 철	673
• La crise sanitaire de la covid-19 et le droit français des contrats	Laurent LEVENEUR	681
• 코로나19에 따른 보건 위기와 프랑스 계약법	로랑 르브뇌르 번역 : 박준혁 교수	697
• VACCIN ET COVID-19, regard de droit français	Sabine Mazeud-Leveneur	713
• 백신과 코비드-19 : 프랑스법의 관점	사빈 마조 -르브뇌르 번역 : 박수곤 교수	723
• Le sort juridique des voyages pendant la crise Covid-19	Marie Leveneur-Azémar	733
• Covid-19의 위기 동안의 여행의 법적 운명	마리 르브뇌르 -아제마 번역 : 성덕근 박사	739
• Covid-19と民法—日本の場合	大村敦志	747
• Covid-19와 민법 - 일본의 경우	오오무라 아즈시 번역: 권 철 교수	751

프랑스 저명학자 초청 국제학술 강연회 특별기고

“Covid-19에 따른 보건 위기와 프랑스 민법”

(La Crise Sanitaire de la Covid-19 et le Droit Civil Français)

해설: 권철 (KWON, Chul)

성균관대 교수 (Professeur à l'Université Sungkyunkwan(SKKU))
 동아시아법·정치연구소 소장 (Directeur, Institute of East Asian Law & Politics)

1. 2023년 5월 2일(화)에는 성균관대학교 법학관에서 프랑스와 일본의 저명 민법학자를 초청하여 국제 학술강연회를 개최하였습니다. “Covid-19에 따른 보건 위기와 프랑스민법”을 주제로 한 이번 학술강연회는 우리대학 법학전문대학원(원장: 김일환 교수), 법학연구원(원장: 이해완 교수), 동아시아법·정치연구소(소장: 권철 교수)가 주관하고, 한불민사법학회(회장: 남궁술 경상대 교수)와 5개 대학(경북대, 경상대, 경희대, 인하대, 충북대)의 법학연구소가 공동주최자로 참여하여 진행되었습니다.

2. 초빙된 저명 민법학자에 대해서 간단히 소개하면, 메인 강연을 담당한 로랑 르브뇌르 (Laurent LEVENEUR) 교수는 파리2대학(Université Paris II (Panthéon-Assas)) 교수, 민법연구소 소장으로 계약법, 소비자법, 가족법, 보험법 등 분야에서 명실상부한 최고권위자입니다(사진참조). 저명출판사인 LexisNexis에서 출판되는 민법전, 소비법전의 대표편집자이며, 상속법 체계서, 그리고 최근에서 출판되기 시작한 새로운 민법 교과서 시리즈(물권법이 출판되어 있음)의 대표 저자이고, 민법 전반에 관한 많은 논문을 집필하였습니다. 사빈 마조-르브뇌르(Sabine Mazeaud-Leveneur) 교수는 프랑스에서 지난 100여 년 동안 저명 법조인과 법학자를 다수 배출한 마조(Mazeaud) 가문의 적통으로 파리12대학(Université Paris XII (UPEC)) 교수입니다. Laurent LEVENEUR 교수와 상속법 체계서, 물권법 교과서를 공저한 것을 비롯하여 주목할 만한 연구업적이 있습니다. 마리 르브뇌르-아제마(Marie Leveneur-Azémar) 교수는 박사학위와 교수 자격시험에서 최고 성적으로 거두어 젊은 교수임에도 불구하고 정교수 자격을 취득한 주목받는 신진기에 연구자입니다.

© Université Paris II Panthéon-Assas



3. 로랑 르브너르 교수와의 학문적인 인연은 2016년 2월 권철 교수가 연구년을 맞이하여 파리2대학의 초청연구원으로 파리에 체재한 것에서 비롯되었습니다. 그 이후 교류를 이어오다가 2019년에는 한국에 정식 초청하여 학술대회를 개최하기 위한 논의가 진행되었지만, 코로나 사태를 비롯한 여러 사정으로 2023년에 이르러서야 성사되었습니다. 한편 이번 방한은 일본 방문과 함께 구성되었습니다. 일정 협의 끝에 4월 29일부터 일본의 황금연휴가 시작되는 것을 고려하여 먼저 일본 일정(일본회관(4월 26일)과 도쿄대학(4월 28일))을 소화한 후에 4월 30일부터 5월 5일까지에 방한하는 것으로 한국 일정이 확정되었습니다. 초청을 구상하는 단계에서는 프랑스민법을 연구하는 젊은 일본 학자들도 초청해서 우리나라 민법학자들과 3국 간 교류하는 것도 고려되었는데, 여러 사정으로 이번 강연회에는 일본 민법학계의 최고 권위자인 도쿄대 오오무라 아츠시 명예교수를 초청하게 되었습니다. 프랑스 민법학자들의 발제와 더불어 일본의 경우에 대하여 간단한 강연이 준비된 것은 이러한 경위에 의한 것입니다.



4. 강연회 주제의 선정에 대하여 간단히 설명하면, 로랑 르브뇌르 교수와 여러 가능한 테마를 가지고 논의한 끝에 코로나 사태가 민법학에 미친 영향을 대주제로 학술대회를 진행하는 것으로 최종 결정되었습니다. 학술대회 목차와 발제문을 일람하면 알 수 있는 대로, 로랑 르브뇌르 교수가 계약법을 주제로 메인강연을 하고, 그 이후 사빈 마조-르브뇌르 교수, 마리 르브뇌르-아제마 교수가 각각 코로나 백신에 관한 문제, 여행 계약에 끼친 영향을 주제로 다소 간단한 형식의 발표를 하였습니다. 이어서 오오무라 아즈시 도쿄대학 명예교수가 일본의 경우에 관한 통찰력 있는 비판론을 제시하였습니다.

5. 이번 방한 일정에 대해서 간단히 설명하면, 강연회 전날인 방한 일정 첫째 날(5월 1일(월))에는 헌법재판소와 대법원을 방문하였습니다. 각각 이영진 헌법재판관과 조재연 대법관의 배려로 뜻깊은 공식방문이 성사되었습니다(사진 참조). 이 자리를 빌려 두 분께 감사 말씀을 드립니다. 강연회 당일(5월 2일(화))에는 프랑스민법에 관심이 있는 많은 학자들이 참석하였습니다. 특히 한불민사법학회의 이사진들은 소속대학의 법학연구소를 통하여 강연회 공동주최를 진행하여 성공적인 개최하는데 큰 힘이 되었습니다. 강연회 종료 후 만찬은 창덕궁이 내려다보이는 프렌치

레스토랑 “르꼬송”에서 진행되었는데 한불민사법학회 부회장인 박수곤 교수가 가져온 그랑크뤼클라세 프랑스와인과 함께 참석자 모두 즐겁고 풍성한 국제교류의 장이 되었습니다(사진참조).





6. 강연회 원고를 특별기고 형식으로 게재하는 것에 관해서는 이해완 법학연구원장과 이경렬 편집위원장의 추천이 있었다는 점을 알려드립니다. 학술대회 마지막 순서로 한국의 경우에 관한 인하대 김현진 교수가 발제가 있었지만 성균관법학의 편집위원회에서는 외국 교수들의 발제문만을 특별기고 형식으로 게재하는 것으로 정하였기에 이에 따랐다는 점을 부언합니다.

7. 이번에 성균관대학교에서 개최된 국제학술대회는 프랑스의 저명학자가 직접 내한하여 깊이 있는 발제를 하고 참석자들과 본격적인 토론이 이루어짐으로써 한국과 프랑스의 민법학 교류에 여러모로 의미 있는 이정표가 되었다고 평가할 수 있습니다. 로스쿨 발족 이후 외국 법학자들과의 본격적인 학술 교류가 개최되기 어려운 상황인 것을 감안하면 더욱 그러합니다. 마지막으로 홍보 말씀을 드리면, 오는 2025년에는 프랑스에 본부를 두고 있는 세계 규모의 학회인 앙리카피탕 학회(L'Association Henri Capitant)의 세계대회가 한국에서 개최될 예정입니다. 원래는 2020년에 개최될 예정이었지만 코로나 사태로 우여곡절 끝에 2025년에 개최하는 것으로 조정되었습니다. 이 자리에는 세계 각국의 법학자가 한자리에 모이는 자리가 되는 만큼 프랑스민법 연구의 전통이 길지 않은 한국으로서는 꼭 성공적으로 개최하고자 여러모로 준비하고 있습니다. 여러분의 많은 관심과 지원을 부탁드립니다.

○ 프랑스 저명학자 초청 강연회 (학술회의) 공지문 ○

- 성균관대학교 법학전문대학원과 한불민사법학회에서 아래와 같은 일정으로 프랑스와 일본의 저명 민법학자를 초청하여 강연회(학술회의)를 개최합니다. 관심 있는 분들의 참석을 환영합니다.
- 일시 : 2023년 5월 2일(화) 오후 1시 30분 - 5시 30분
- 장소 : 성균관대 법학관 201호
- 제목 : Covid-19에 따른 보건 위기와 프랑스 민법: 일본과 한국 발제 포함
- 사용언어 : 프랑스어 (통역 있음)
- 주관 : 성균관대 법학연구원, 동아시아법·정치연구소, 한불민사법학회
- 공동주최 : 인하대 법학연구소, 경북대 법학연구소, 경상대 법학연구소, 충북대 법학연구소, 경희대 법학연구소

○ 총괄사회 및 강연자 소개 : 권철 교수(성균관대)

○ 메인 강연 : 오후 1시 30분 - 2시 50분

로랑 르브뇌르, 파리 2대학 교수(민법연구소 소장),

“Covid-19에 따른 보건 위기와 프랑스 계약법”

Laurent LEVENEUR - Professeur (Université Paris II (Panthéon-Assas)), Directeur du Laboratoire de droit civil),

La crise sanitaire de la covid-19 et le droit français des contrats

- 통역 : 박준혁(울산대 교수)

○ 관련 발제 (프랑스) : 오후 2시 50분 - 3시 50분

1. 사빈 마조-르브뇌르, 파리 12대학 교수,

“백신과 Covid-19, 프랑스법의 관점”

Sabine Mazeaud-Leveneur - Professeur (Université Paris XII (UPEC)),

VACCIN ET COVID-19, regard de droit français

2. 마리 르브뇌르-아제마, 레위니옹대학 교수,

“Covid-19 위기 동안의 여행의 법적 운명”

Marie Leveneur-Azémar - Professeur (Université de La Réunion),

Le sort juridique des voyages pendant la crise Covid-19

- 통역 : 박수곤 교수(경희대), 성덕근 박사(한국법학원)

○ 관련 발제 (일본) : 오후 4시 00분 - 4시 25분

오오무라 아츠시, 도쿄대학 명예교수(가쿠슈인대 교수),

“Covid-19와 민법: 일본의 경우”

Atsushi OMURA - professeur émérite (Université de Tokyo (Todda)),

Covid-19と民法—日本の場合

- 통역 권철 교수(성균관대)

○ 관련 발제 (한국) : 오후 4시 25분 - 4시 50분

김현진, 인하대학교 교수,

“Covid-19의 위기와 한국의 법적 대응”

Hyun Jin KIM - Professeur (Université Inha),

La crise du COVID-19 et la réponse juridique de la Corée du Sud

○ 종합 토론 : 오후 4시 50분 ~ 5시 30분

남궁술(경상대 교수, 한불민사법학회 회장), 박수곤(경희대 교수),

이은희(충북대 교수), 권철(성균관대 교수), 이상헌(경북대 교수)

La crise sanitaire de la covid-19 et le droit français des contrats

Laurent LEVENEUR
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Directeur du Laboratoire de droit civil

1. Vers la fin de l'année 2019 est apparu en Chine un nouveau Coronavirus, qui a conduit les autorités chinoises à imposer un strict confinement à de très vastes parties de sa population pour lutter contre l'épidémie.

Ce virus, potentiellement mortel, s'est propagé à grande vitesse dans le monde entier et aboutit à une pandémie. Il est apparu en France vers le mois de janvier 2020 (et peut-être même avant d'ailleurs). De très nombreuses personnes durent être hospitalisées, notamment pour de graves problèmes respiratoires. De premiers décès survinrent. Le spectre, de sinistre mémoire, de la grippe dite espagnole qui avait fait sans doute 30 millions de morts dans le monde à la fin de la première guerre mondiale, dont 400 000 en France, commença à surgir. L'encombrement des services hospitaliers, la crainte d'un débordement, l'absence de dispositifs de protection (très grande insuffisance des stocks de masques respiratoires) conduisirent les autorités françaises à décider d'imposer un confinement à la population le 16 mars 2020 (décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements), avant que soit votée d'urgence la loi du 23 mars 2020 destinée à faire face à cet état d'urgence sanitaire.

Toute une série de mesures restrictives de liberté ont ainsi été mises en place afin de lutter contre cette pandémie : interdiction en principe de sortir de son domicile, sauf pour faire de l'exercice physique au maximum une heure par jour et dans un périmètre limité, ou pour effectuer des achats de première nécessité ou pour se procurer des fournitures nécessaires à une activité professionnelle, fermeture des établissements d'enseignement, interdiction de recevoir du public dans un certain nombre d'établissements comme les restaurants, les débits de boissons les théâtres, les cinémas et tous les commerces dont l'activité n'était pas indispensable à la vie de la Nation et dont l'offre de produits n'était pas de première nécessité, etc.

Si ces restrictions ont été en partie levées le 2 juin 2020, une recrudescence de la catastrophe sanitaire a conduit les pouvoirs publics à imposer un second

confinement strict (décret n°2020-1257 du 14 octobre 2020) à partir du 17 octobre jusqu'à Noël 2020, avant que la diffusion de la vaccination et les autres précautions sanitaires (les « gestes barrière ») permettent peu à peu un retour quasiment à la normale au cours de l'année 2021 et surtout 2022.

2. Les conséquences n'ont pas été les mêmes pour tous les secteurs économiques. Dans certains secteurs, l'activité n'a guère été affectée, de lors du moins que le travail à distance a pu être mis en place, comme cela a été le cas pour les entreprises d'assurance, les banques, les maisons d'édition, etc. Parfois ces confinements ont même été à l'origine d'un accroissement d'activité : se sont très bien portés la fourniture de matériel informatique, la vente à distance, le bricolage et l'aménagement de la maison, et même les commerces d'alimentation et encore plus ceux de vins et spiritueux.

En revanche pour d'autres secteurs, très importants, les périodes de confinement et autres restrictions ont entraîné un arrêt parfois complet d'activité : les entreprises de transport de personnes, de spectacles, d'organisation d'événements et réceptions, la coiffure, l'hôtellerie, la restauration, les commerces de produits non alimentaires ont été tout particulièrement affectés.

On doit souligner que plus que l'épidémie elle-même, qui certes a causé un grand nombre de décès (plus de 40 000 morts en France) et de très nombreuses hospitalisations de personnes qui ont parfois conservé de graves séquelles, mais n'a tout de même pas touché gravement toute la population en même temps, ce sont les mesures prises par les pouvoirs publics pour combattre cette épidémie qui ont lourdement entravé l'activité économique. C'est d'ailleurs ce qui justifiera que les pouvoirs publics mettent aussi en place certaines aides en contrepartie.

3. Ce sont les contrats qui sont les vecteurs de l'activité économique : contrats de vente, contrats d'entreprise, contrats de restauration, contrats de transport, contrats de bail, etc. Les restrictions d'activité ont donc inévitablement affecté un grand nombre de contrats. Par exemple quel devait être le sort des réservations prises dans des restaurants pour des jours où ces restaurants devaient rester fermés par décision des pouvoirs publics ? Et si un commerçant exploite son activité dans un local qu'il loue à un bailleur, le commerçant qui ne peut plus recevoir de clientèle peut-il échapper au paiement de son loyer ? C'est là l'une des difficultés qui s'est posée et qui a donné lieu à un contentieux particulièrement abondant

Cette période de crise devait donc mettre nécessairement à l'épreuve les contrats : quelles conséquences les mesures sanitaires avec leurs répercussions économiques allaient avoir sur eux ? Il faut préciser que la question concerne surtout les contrats qui ont pu être conclus avant l'apparition de l'épidémie. Car pour ceux qui ont été conclus depuis qu'elle s'était déclarée, l'épidémie était une donnée à prendre en compte ; dès lors elle ne pouvait guère revêtir une quelconque imprévisibilité et pouvait se prêter à la stipulation de clauses destinées à en traiter les conséquences à l'avenir. Par exemple si un contrat était conclu au mois de juin 2020 avec un traiteur en vue d'une réception de mariage au mois de septembre 2020, il revenait aux parties d'envisager la perspective d'un éventuel report de la réception en cas de nouveau confinement, et d'envisager ensemble les conséquences financières de ce report. Mais pour les contrats conclus avant le déclenchement de la crise sanitaire, rien en général n'avait été prévu, car cela faisait un siècle que l'on n'avait pas vu de semblable pandémie.

4. Le droit commun des contrats a été sollicité, spécialement les mécanismes et notions qui avaient été rénovés ou mis en place lors de la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016 : révision pour imprévision, clause réputée non écrite car vidant de substance l'obligation essentielle, exception d'inexécution, force majeure, etc. On voit donc que cette période de crise sanitaire a été une occasion de mettre à l'épreuve, avec des enjeux très importants, ce nouveau droit des contrats. Avec l'éclairage que fournissent aujourd'hui les premières décisions de la Cour de cassation rendues à ce propos, spécialement sur les dettes de loyer des locataires commerciaux ainsi que sur les contrats d'assurance de pertes d'exploitation, on peut dire que cette épreuve a révélé plutôt la résistance des contrats et de leur force obligatoire face à la crise (I). Ce n'est pas du droit commun des contrats qu'il fallait attendre des remèdes adaptés pour traiter les difficultés d'exécution qu'ont pu éprouver de très nombreux contractants pendant cette période. En revanche une législation spéciale était indispensable et elle a été mise en place (II).

I.- Le droit commun des contrats : la résistance des contrats et de leur force obligatoire face à la crise sanitaire

Cette résistance peut s'observer aussi bien au regard du faible succès des tentatives de modification des clauses contractuelles (A), que du traitement des conséquences de l'inexécution (B).

A.- Le peu de succès des tentatives de modification du contenu du contrat

1) Faible succès de la révision pour imprévision.

5. Les circonstances et l'ampleur de cette crise étaient imprévisibles et sans doute ont-elles placé certains contractants dans des situations où l'exécution de leur engagement a pu devenir excessivement onéreuse, spécialement peut-être lorsqu'il leur fallait s'approvisionner en produits devenus très peu disponibles et beaucoup plus chers.

Traditionnellement le droit français n'admettait pas que l'on puisse demander au juge de réviser le contrat en raison de l'imprévision : c'est la fameuse décision *canal de Crapone* rendue par la Cour de cassation le 6 mars 1876.

Mais précisément les choses ont changé avec le nouvel article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui a mis en place tout un mécanisme passant d'abord par la recherche d'une renégociation entre les parties, puis, en cas d'échec, par l'appel au juge désormais doté d'un véritable pouvoir de révision du contrat dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse pour une partie. Ceci vise assurément l'onérosité directe, par augmentation du coût de l'exécution ; selon une partie de la doctrine ceci pourrait aussi viser l'onérosité indirecte, par diminution de la valeur de la contre-prestation -mais cette conception est loin de faire l'unanimité.

6. Il est possible que le mécanisme de renégociation ait été mis en œuvre pendant cette crise pour divers contrats individuels d'une façon totalement amiable, comme cela a d'ailleurs toujours été possible. En revanche aucune décision de justice notable procédant à une révision ne peut être relevée à cet égard et en particulier aucune décision de la Cour de cassation.

Une explication peut se trouver dans la répulsion qu'ont toujours eue les milieux d'affaires pour l'intervention judiciaire dans leurs contrats. Aussi bien dès que la réforme du droit des contrats de 2016 est entrée en vigueur, les clauses visant à écarter l'application de l'article 1195 du Code civil, qui n'est pas d'ordre public, se sont répandues très rapidement et à très grande échelle¹.

7. Une affaire toutefois a eu un certain retentissement, mais qui mêlait à la fois les concepts d'imprévision et de force majeure. Il s'agissait d'un contrat conclu entre un distributeur d'énergie, la société Total énergies, et un producteur d'électricité, la société EDF. Total s'était engagé par contrat à acheter pendant un an des flux fixes d'électricité à un prix déterminé. Or en raison de la baisse de l'activité économique, le prix de l'électricité s'était effondré sur le marché pendant l'année 2020. Total se trouvait ainsi obligé d'acheter des flux d'électricité au prix fixe convenu, plus élevé que celui du marché, et donc plus élevé que celui auquel il pouvait revendre l'électricité. Pour essayer de faire modifier le contenu de son engagement contractuel, Total invoqua non pas exactement l'imprévision et le mécanisme de révision de l'article 1195 du Code civil, mais une clause du contrat qui prévoyait sa suspension en cas de force majeure définie par la clause comme un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant « impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques raisonnables ». Considérant que les conditions économiques de l'exécution n'étaient plus raisonnables, le tribunal de commerce de Paris le 20 mai 2020, puis la cour d'appel de Paris le 28 juillet 2020² donnèrent raison à la société Total et appliquèrent cette clause mélangeant force majeure et révision pour imprévision. Il faut ici préciser que la société Total, qui produit et fournit diverses énergies, dont du gaz et du pétrole, est un acteur économique d'une puissance considérable et qu'il est assez étonnant qu'elle ait eu recours au juge pour échapper à la teneur de l'engagement qu'elle avait pris.

Ironie de l'histoire : moins de deux ans plus tard Total a réalisé des profits records, s'élevant à 20 milliards d'euros pour l'année 2022, tandis que le producteur d'électricité EDF a éprouvé une perte de plus de 60 milliards d'euros pour cette même année...

¹ Cf. L. Ballone-Burini, in *Les défis du droit des contrats*, Contrats, conc., consomm. 2020, dossier 12, p.9.

² CA Paris, 28 juill. 2020 : *JCP G* 2020, 1268, obs. P. Stoffel-Munck.

2) Résistance du contenu de contrats d'assurance des pertes d'exploitation

8. Il faut signaler le contentieux, très abondant cette fois, qui a opposé des commerçants à leur assureur à propos de la garantie des pertes d'exploitation.

Les commerçants dont l'activité a été arrêtée totalement ou très largement entravée pendant les périodes de confinement ont vu leur chiffre d'affaires, de l'année 2020 tout particulièrement, chuter considérablement, alors qu'ils pouvaient tout de même avoir des frais fixes à supporter : ils ont donc éprouvé des pertes financières dans l'exploitation de leur activité.

La question s'est très vite posée de savoir si les pertes d'exploitation subies par les commerçants, qui ont été interdits de recevoir du public, étaient couvertes par le contrat d'assurance multirisque qu'ils avaient pu souscrire à propos de leur activité professionnelle. La loi ne contenant aucune disposition spécifique à ce type d'assurance, la réponse se trouvait avant tout dans les termes du contrat librement conclu entre chacun des assurés et son assureur. Très rapidement, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), désireuse d'évaluer l'exposition des entreprises d'assurance aux conséquences de la pandémie, a procédé à une collecte de documents contractuels et à leur analyse : il en est ressorti que la garantie des pertes d'exploitation ne pouvait pas être mise en œuvre dans 93% des contrats analysés, le plus souvent parce que cette garantie était subordonnée à la survenance d'un dommage aux biens garantis, comme un incendie ou un dégât des eaux, que 3% des assurés pouvaient prétendre à une indemnisation par les assureurs et que dans environ 4% des cas l'ACPR ne pouvait conclure avec certitude³.

9. La relative incertitude a concerné tout particulièrement les contrats conclus entre l'assureur Axa et plusieurs milliers de restaurateurs. Ces contrats couvrent les pertes d'exploitation dans diverses situations et en particulier en cas de fermeture administrative des restaurants. Mais ils comportent une clause d'exclusion pour l'hypothèse ou au moins un autre établissement fait l'objet d'une même fermeture administrative dans le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré.

Cette clause d'exclusion a été au cœur de très nombreux litiges, dans lesquels l'assureur en a invoqué le bénéfice, tandis que ses assurés ont soutenu qu'elle ne pouvait jouer car elle ne satisfaisait pas à une exigence particulière du droit des assurances (le caractère limité des clauses d'exclusion prévu par l'article

³ACPR, communiqué de presse du 23 juin 2020.

L. 113-1 du Code des assurances), ou car elle devait être réputée non écrite en vertu de l'article 1170 du Code civil. Selon ce texte du droit commun des contrats, issu de la réforme de 2016, « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Les juges du fond ont rendu des décisions dans les deux sens à cet égard, avant que la Cour de cassation ne se prononce et tranche, le 1^{er} décembre 2022, dans un sens favorable à l'assureur. Elle a cassé les décisions par lesquelles des cours d'appel avaient admis que cette clause d'exclusion vidait de sa substance la garantie souscrite par l'assuré : la deuxième chambre civile de la Cour de cassation estime au contraire que cette clause n'avait pas cet effet⁴, notamment parce qu'elle laisse subsister la garantie pour des pertes consécutives à une fermeture administrative survenue dans d'autres circonstances que celles prévues par la clause d'exclusion.

10. Lors de la réforme du droit commun des contrats en 2016, on avait pu craindre que l'article 1170 nouveau du Code civil représente une menace généralisée pour la sécurité juridique en matière contractuelle avec l'octroi d'un pouvoir d'intervention judiciaire pour modifier le contenu du contrat. L'expérience vient de montrer, dans le premier contentieux important, que la Cour de cassation n'entend pas utiliser cet instrument immodérément, mais au contraire qu'elle sait faire preuve de retenue.

B.- Les conséquences de l'inexécution

1) L'exception d'inexécution

11. Le droit commun des contrats prévoit façon générale qu' « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ». Cette règle, connue depuis longtemps, est expressément formulée aujourd'hui par l'article 1219 du Code civil, et par l'article 1220 (qui permet dans une certaine mesure de la faire jouer d'une manière préventive), textes issus de l'ordonnance de 2016.

Sans aucun doute certains débiteurs ont pu s'en prévaloir pendant la crise sanitaire. Par exemple si l'acheteur d'une voiture devait en payer le prix par un virement bancaire avant de venir la chercher chez le concessionnaire, mais que la date de livraison prévue était le 25 mars 2020, moment où la concession

⁴Cass. 2^e civ. 1^{er} déc. 2022, n°21-19.343, B : *Contrats, conc., consomm.* 2023, n°19, note L. Leveneur.

automobile s'est trouvée fermée au public, l'acheteur pouvait refuser de payer préventivement tant qu'il apparaissait qu'il ne pourrait obtenir la livraison du véhicule.

12. Mais c'est en vain que ce moyen de défense destiné à résister à une action en paiement de l'obligation a surtout été invoqué, dans un très important contentieux qui a opposé de multiples locataires de locaux commerciaux à leurs bailleurs.

Des locataires de locaux à usage de commerce non alimentaire, que les mesures administratives empêchaient de recevoir de la clientèle, ont en assez grand nombre refusé de payer leur loyer correspondant aux périodes de confinement. Des bailleurs leur ont parfois accordé gracieusement des remises partielles de dette ou des délais de paiement, mais cela n'a pas été systématique et de toute façon certains locataires prétendaient que, ne pouvant exercer l'activité qui leur permettait habituellement de payer leur loyer, ils étaient en droit d'invoquer l'exception inexécution. Selon leur raisonnement qui était soutenu devant les tribunaux, l'impossibilité pour le preneur d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au bail constituerait un manquement du bailleur à son obligation de délivrance justifiant que le preneur invoque l'exception d'inexécution.

Cette argumentation⁵ a été présentée devant la Cour de cassation qui l'a écartée dans toute une série de décisions du 30 juin 2022⁶. La réponse de la troisième chambre civile est des plus simples : les locaux ont bien été mis à disposition des locataires et l'impossibilité d'exploiter alléguée était le seul fait du législateur ; il s'ensuit que la mesure générale de police administrative portant interdiction de recevoir du public n'était pas une inexécution de l'obligation de délivrance.

On ne voit vraiment pas comment il aurait pu en aller autrement. Les bailleurs, n'avaient pas repris les locaux pour eux pendant cette période ; et sauf à réserver peut-être quelques cas particuliers (locaux situés dans une galerie commerciale dont l'entrée aurait été totalement fermée), les locataires ont continué à pouvoir accéder au local loué : parfois ils y ont développé une certaine activité de vente à distance suivie de livraison à domicile, ou bien réaliser des travaux d'amélioration ou de décoration des lieux. On ne pouvait

⁵ D'autres arguments, notamment tirés du droit spécial du bail ont été également présentés, et pareillement écartés par la Cour de cassation.

⁶ Cass. 3^e civ., 30 juin 2022, n°21-20.190 pourvois n° 21-19.889, n°21-20.127 et n°21-20.190 : *Contrats, conc., consomm.* 2022, n°129, note L.L.

donc reprocher à leurs bailleurs aucun manquement à l'exécution de leurs obligations. Or il faut remarquer que l'exception d'inexécution est envisagée comme la sanction d'une inexécution (article 1217 du Code civil).

Les locataires ne pouvaient donc échapper au paiement sur ce fondement. Ils ont également essayé de le faire sur celui de la force majeure.

2) la force majeure

13. La force majeure est un événement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible et irrésistible.

Il est certainement arrivé à l'occasion de cette crise sanitaire que des débiteurs se soient trouvés confrontés à une telle situation. Par exemple si un ingénieur ou un consultant s'était engagé par contrat du mois de décembre 2019 à livrer une étude ou une consultation au mois d'avril 2020 et qu'atteint par la maladie, il a dû être hospitalisé dans un service de réanimation où il est décédé, un événement de force majeure l'ayant empêché d'exécuter son obligation de réaliser la prestation intellectuelle promise est assurément caractérisé : ceci emporte la résolution du contrat (article 1218 alinéa 1), et l'exonération de toute responsabilité liée à l'inexécution (article 1231-1), comme la Cour de cassation avait eu l'occasion de le juger il y a quelques années à propos de la maladie d'un artisan qui n'avait pu réaliser un travail avant de mourir⁷.

Et si l'empêchement dû à la maladie n'a été que temporaire, car le malade guéri de la covid-19 a pu reprendre son activité, la force majeure aura eu un effet suspensif de son obligation (article 1218, alinéa 2).

14. Si l'empêchement d'exécuter n'a pas été dû à la maladie elle-même, mais aux mesures administratives prises pour essayer de la combattre, il s'agit d'un *fait du prince*, qui est une variété de force majeure et dont les effets sont les mêmes. Par exemple les clubs de football professionnels qui n'ont pu jouer les matches prévus au printemps 2020 en raison des interdictions administratives et n'ont pu fournir de ce fait aux diffuseurs télévisuels les spectacles sportifs objet de leurs obligations pouvaient se prévaloir de cette cause d'exonération de toute responsabilité. De même l'organisateur d'un voyage touristique qui n'a pu emmener ses clients parce que les transports aériens de passagers étaient interdits pouvait invoquer la résolution du contrat en raison de l'empêchement provoqué par cette cause étrangère (article 1218, alinéa 2).

⁷ Cass. Ass. plén., 14 avr. 2006, n°02-11.168.

15.- Mais la force majeure a surtout été l'un des aspects au cœur du très vif contentieux opposant certains locataires de locaux commerciaux à leurs bailleurs. Ces locataires, auxquels les mesures administratives avaient interdit de recevoir du public dans leurs locaux, ont essayé de soutenir qu'ils avaient été dans l'impossibilité d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au contrat, ce qui justifiait selon eux qu'ils n'aient pas à payer leur loyer sur le fondement de l'article 1218 du Code civil relatif à la force majeure.

Cependant la Cour de cassation n'a pas retenu cette argumentation : elle a répondu qu'il résulte de ce texte que "le créancier qui n'a pas pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat ou la suspension de son obligation en invoquant la force majeure"⁸. Cette solution reprend la formule même qu'avait déjà utilisée deux ans plus tôt la première chambre civile dans une décision relative au client d'un établissement thermal qui n'avait pu, en raison d'une soudaine hospitalisation, profiter de sa cure⁹.

Sans doute une partie de la doctrine, qui prône une conception plus large du domaine de la force majeure, a-t-elle critiqué cette solution.

Pourtant elle est parfaitement justifiée : il faut remarquer en effet que l'article 1218 définit la force majeure en matière contractuelle comme un événement non seulement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible, et inévitable mais aussi qui "empêche l'exécution de son obligation par le débiteur". Mais dans cette hypothèse, les locataires ne se sont pas trouvés empêchés, par l'événement, d'exécuter leur obligation, qui est une obligation de payer une somme d'argent. Se trouve ainsi au contraire confortée l'idée d'une impossibilité d'invoquer la force majeure à propos d'une obligation monétaire, déjà admise par la Cour de cassation¹⁰.

16. Ainsi la crise sanitaire aura vu les concepts du droit commun des contrats bien résister et recevoir une application normale.

Ce n'est pas à dire que les agents économiques qui ont connu de graves difficultés financières n'aient pas mérité une grande attention. Mais l'aide qui

⁸ Cass. 3^e civ., 30 juin 2022, précité.

⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2020 n° 19-21.060 : *Bull.* ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 1, note L. Leveneur ; *D.* 2021, p.89, note C. Grimaldi et p. 114, note S. Tisseyre ; *JCP G* 2020, 1409, note M. Mekki ; *RTD civ.* 2021, p. 126, obs. H. Barbier, p.152, obs. P. Jourdain.

¹⁰ Cass. com. 16 déc. 2014, n°13-20.306 : *Bull. civ.* IV, n°118. Cf. en ce sens J. Heinich, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision* : *D.* 2020, p. 611 ; C.-E. Bucher, *Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ?* : *Contrats, conc. consom.* 2020, étude 5.

pouvait leur être apportée devait être supportée, non pas par leurs cocontractants qui n’y étaient pour rien, en essayant de solliciter le droit commun des contrats, mais par les pouvoirs publics qui avaient imposé les mesures d’arrêt ou de restriction d’activité. C’est dire si une législation spéciale était nécessaire

II.- La nécessité d’une législation spéciale

17. On déplore habituellement l’inflation législative qui atteint des niveaux déraisonnables en France, avec toutes sortes d’inconvénients : un nombre excessif de lois, ordonnances et décrets, une instabilité des règles qui changent tout le temps, une très grande difficulté pour la connaissance du droit par les sujets de droit et même par les professionnels chargés de le mettre en œuvre.

Cependant, ici, à l’occasion de cette exceptionnelle crise sanitaire, il était nécessaire que le législateur intervienne pour donner des réponses rapides à certaines questions, sans avoir besoin d’aller trouver le juge, et sans attendre l’issue, toujours lointaine, de contentieux. Il faut d’ailleurs remarquer que la justice civile n’a pas fonctionné pendant le premier confinement : les tribunaux judiciaires étaient fermés !

Les pouvoirs publics ayant imposé les mesures de confinement et autres interdictions ou restrictions d’activités, et cela dans l’intérêt général, il leur revenait d’en régler au maximum les répercussions.

18. C’est ce qu’ils ont fait en mettant en place divers dispositifs d’aides financières destinées aux entreprises dont l’activité était gravement affectée. En particulier une ordonnance (n°2020-317) du 25 mars 2020 a créé « 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 ». De même ont été ouvertes des possibilités de prêts garantis par l’Etat, et de recours au chômage partiel du personnel des entreprises avec une prise en charge du paiement d’une partie des salaires, etc. C’est d’ailleurs à n’en pas douter l’existence de telles aides publiques atteignant en définitive des montants considérables, qui a poussé la Cour de cassation à s’en tenir à une application pure et simple du droit commun dans le contentieux opposant les bailleurs aux locataires de locaux commerciaux¹¹, sans qu’elle cherche à

¹¹ Cf. supra, n°11 et 15.

solliciter par trop les textes pour venir en aide à ces preneurs qui avaient déjà pu bénéficier, en tout cas pour bon nombre d'entre eux, d'aides financières d'origine étatique.

A côté de ces aspects financiers, des dispositions spéciales de droit des contrats ont été également édictées, et c'est sur elles que nous allons nous concentrer en évoquant d'abord celles qui portent sur la formation des contrats (A), puis celles qui traitent de leur exécution (B).

A.- Des mesures relatives à la formation des contrats

Il faut en relever deux.

1) Autorisation de l'acte notarié à distance

19. La première mesure, prise par le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020, a été l'autorisation de l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire.

En effet les études de notaires étaient fermées et ces officiers ministériels ne pouvaient pas y recevoir de clients : ils ne pouvaient donc dresser leurs actes, car la présence des parties est indispensable. Or il n'était pas envisageable qu'aucun acte authentique ne puisse être conclu tant que ces restrictions existaient, d'autant qu'on ne pouvait avoir aucune certitude sur la date de leur issue.

Ce décret a donc permis aux notaires de recevoir des actes sur support électronique sans que les parties à ces actes soient présentes physiquement devant eux. Cette autorisation, dérogatoire par rapport à la règle normale de confection des actes authentiques qui suppose que l'officier ministériel constate le libre consentement de personnes comparaisant devant lui, a duré jusqu'au mois d'août 2020. A ce moment il était devenu à nouveau possible de recevoir des clients dans les offices, si bien que la dérogation ne se justifiait plus.

On peut certes remarquer que l'acte authentique, qui peut être dressé sur support électronique depuis de nombreuses années (article 1369 du Code civil), peut éventuellement l'être entre des parties qui ne sont pas physiquement présentes au même endroit, mais à condition qu'elles se trouvent chacune physiquement en présence d'un notaire, chacun des officiers ministériels étant alors relié à son confrère par un système de communication électronique des

données : ces précautions sont destinées à ce que l'identité des parties, la réalité et la liberté de leur consentement soient constatées par un officier ministériel au moment où est dressé l'acte authentique, qui est doté de la plus grande force probante qui soit.

La période de crise sanitaire aura donc fait naître la nécessité d'expérimenter une autre pratique, celle d'un acte conclu entre des parties totalement à distance, qui ne se trouvent pas aux côtés d'un notaire.

2) Procuration notariée à distance

20. Cette première expérience aura tout de même eu un prolongement durable. Un décret (n°2020-1422) du 20 novembre 2020 a en effet instauré de façon pérenne la possibilité d'une procuration notariée sur support électronique même lorsque l'une des parties, ou les deux, à cet acte ne sont pas présentes devant le notaire instrumentaire. Celui-ci doit alors utiliser un système particulier de visioconférence et d'identification de la personne à distance par une plate-forme.

Ce texte préfigure peut-être pour l'avenir une certaine généralisation de l'acte authentique totalement à distance, qui se heurte encore, pour le moment, à l'objection tirée de la nécessaire vérification de la liberté du consentement donné, nul ne pouvant attester que la personne se trouvant à distance n'est pas l'objet de pressions ou de menaces au moment où elle affirme consentir à l'acte.

B.- Des mesures relatives à l'exécution des contrats

Elles ont été prises par une salve d'ordonnances, dès le début du premier confinement, le 25 mars 2020

1) « Ordonnance délais »

21. Une première ordonnance (n°2020-306) a été relative à la prorogation de délais et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, ordonnance qu'on a appelée « *ordonnance délais* ». Cette prorogation a concerné les délais échus pendant la période d'état d'urgence sanitaire, qui initialement devait aller jusqu'au 24 mai et qui avait été repoussée jusqu'au 10 juillet 2020. La technique n'a pas consisté exactement en une suspension et un allongement consécutif de tous les délais pendant cette période : si le délai normalement imparti par la loi pour intenter une action devait arriver à

expiration après la fin de cette période, aucune prorogation ne se produisait. La prorogation concernait seulement les délais arrivant à expiration pendant la période : un temps supplémentaire de deux mois maximum était alors accordé après l'expiration de cet état d'urgence sanitaire. Le domaine d'application du texte est très vaste : tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, irrecevabilité, péremption ou déchéance, qui aurait dû être accompli pendant la période d'urgence sanitaire. Par exemple ceci pouvait concerner une action en garantie des vices cachés dont le délai de deux ans (article 1648 du Code civil) après la découverte d'un vice aurait dû expirer au cours de cette période.

On voit très bien ici l'intérêt d'une telle mesure législative spéciale. Elle réglait en une fois une très grande quantité de situations, sans qu'il fût nécessaire pour les personnes concernées de s'adresser au juge et d'essayer de faire valoir devant lui qu'elles étaient ou avaient été dans l'impossibilité d'agir et de respecter des délais pendant cette période d'urgence sanitaire et de restriction de l'activité. Une règle générale a ainsi permis d'éviter la naissance d'un contentieux de masse qui aurait été absolument impossible à gérer et aurait encombré dangereusement et inutilement les tribunaux.

2) « Ordonnance voyages »

22. Une seconde ordonnance (n° 2020-315) du même jour, dite « *ordonnance voyages* », a été relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyage touristique et de séjour en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure.

Cette ordonnance a mis en place une dérogation par rapport au droit commun (article 1229 du Code civil), en cas de résolution de ces contrats notifiée entre le 1^{er} mars et le 15 septembre 2020 : elle a permis aux professionnels des voyages touristiques et des séjours, en cas de résolution des contrats pour une raison de force majeure tenant à la crise sanitaire, de proposer, à la place du remboursement de l'intégralité des paiements effectués par leurs clients, un avoir que les clients pourraient utiliser à l'avenir, donc en paiement de voyages qu'ils effectueraient après la fin de la crise. Cette mesure visait assurément à aider les professionnels des voyages et des séjours, en leur évitant d'avoir à rembourser immédiatement les sommes que leur avaient versées leurs clients pour des voyages qui ne pouvaient provisoirement pas être effectués.

3) « Ordonnance loyers »

23. Enfin toujours en date de ce même 25 mars 2020, une troisième ordonnance (n°2020-316), dite « *ordonnance loyers* », a été relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité a été affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19. Les entreprises concernées sont celles qui ont pu, par ailleurs, bénéficier du fonds de solidarité mis en place par l'Etat.

Cette ordonnance a protégé ces entreprises contre les conséquences de défauts de paiement en interdisant aux fournisseurs d'électricité, de gaz ou d'eau de suspendre, d'interrompre ou de réduire leurs fournitures pendant la période d'état d'urgence sanitaire en raison du non-paiement de leurs factures

Elle a aussi protégé ces entreprises, lorsqu'elles louent des locaux professionnels ou commerciaux, en interdisant à leurs bailleurs de leur appliquer des pénalités financières ou des intérêts de retard, de leur réclamer des dommages-intérêts, de faire mettre en place une astreinte ou de mettre en œuvre une clause résolutoire, une clause pénale ou tout autre clause prévoyant une déchéance en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à ces locaux.

24. On peut remarquer que les dettes de sommes d'argent relatives aux factures de ces fournitures et aux loyers aurait pu faire l'objet de demandes en justice de délai de grâce fondées sur le droit commun, c'est-à-dire sur l'article 1343-5 du Code civil. Là encore une solution judiciaire n'aurait pas été adaptée à une telle situation dans laquelle se sont trouvées simultanément des dizaines de milliers d'entreprises et qui avaient besoin d'une réponse rapide à la question de savoir si elles pouvaient différer leur paiements alors qu'elles étaient frappées par une baisse spectaculaire de leur activité.

Il faut souligner aussi que cette ordonnance a bien montré que les loyers de ces locaux professionnels ou commerciaux étaient toujours dus : si l'exécution de ces dettes a été seulement suspendue pendant la période en question, c'est que les créances des bailleurs existaient bien et que la loi leur imposait seulement de patienter avant d'en demander le paiement.

코로나19에 따른 보건 위기와 프랑스 계약법

로랑 르브뇌르 (Laurent LEVENEUR)

파리 제2대학(Panthéon Assas) 교수

민법연구소 소장

1. 2019년 말 중국에서 새로운 코로나 바이러스가 발견되었으며, 이를 대처하기 위해 중국 정부는 자국민을 대상으로 광범위한 봉쇄조치를 시행하였다.

잠재적 치명성을 가지고 있는 이 바이러스는 급속도로 전세계로 퍼져 팬데믹에 이르렀다. (그 전에 있었을 것으로 예상되나) 코로나 바이러스는 2020년 1월경부터 프랑스에서 발견되었다. 특히 심각한 호흡기 문제로 인해 많은 사람들이 입원을 하였다. 초기 사망자들도 발생하였다. 제1차 세계대전 이후 전세계적으로 3000만 명 이상의 사망자를 야기하였고 그 중 40만명이 프랑스 사망자였던 스페인 독감과 같은 기록적인 재난의 공포가 시작되었다. 긴급한 보건위기를 대응하기 위한 2020년 3월 23일 법이 통과되기 전까지, 의료서비스의 혼잡함과 한계를 초과했다는 두려움, 보건장비의 부족함(특히 호흡기 마스크 재고의 심각한 부족)은 2020년 3월 16일 프랑스 정부가 국민들에게 봉쇄조치를 할 수 밖에 없는 상황에 이르게 하였다(이동 제한을 위한 2020년 3월 16일 제 2020-260호 데크레).

이 팬데믹과 맞서기 위해, 자유를 제한하는 일련의 조치들이 시행되었다. 제한된 구역에서 하루 최대 1시간의 신체활동을 하는 것과 생필품의 구입 또는 직업활동을 위해 필요한 물품의 마련을 제외하고, 원칙적으로 주거지 외의 외출을 금지하고 교육기관을 폐쇄하였으며, 식당 및 술집, 극장, 영화관과 같은 특정 시설 및 국민의 삶에 필수적이지 않는 활동이나 생필품이 아닌 물품을 제공하는 상점들 등에서 손님을 받는 것을 금지하였다.

이러한 제한은 2020년 6월 2일에 일부 해제되었지만, 이 보건 재난이

다시 발생함에 따라 프랑스 정부는 2020년 10월 17일부터 그해 성탄절까지 두 번째 봉쇄조치를 취하였다. 2021년을 지나 특히 2022년이 되어 백신 접종 및 그 외의 보건조치가 취해짐에 따라 프랑스는 조금씩 일상으로 돌아갈 수 있었다.

2. 이러한 팬데믹의 결과는 모든 경제분야에서 동일하게 나타난 것은 아니다. 보험회사, 은행, 출판사 등과 같이 재택근무가 가능한 특정 직업은 거의 영향을 받지 않았다. 오히려 이러한 봉쇄조치로 인해 몇몇 직업은 성장하기도 하였다. 예를 들어, 컴퓨터 장비의 공급, 원격 매매, 집수리와 인테리어, 식료품 및 와인, 양주와 관련한 상점들이 이에 해당한다.

반면, 봉쇄기간 및 다른 제한으로 인해 상당히 중요한 몇몇의 직업들은 종종 완전히 중단되었다. 여객운송, 공연, 행사와 리셉션 기획, 미용, 호텔, 식당, 비식료품 관련 사업들은 특히 큰 영향을 받았다.

프랑스에서 40,000명 이상의 사망자와 후유증을 겪는 많은 환자를 발생시켰지만 모든 사람들에게 심각한 영향을 초래하지 않은 전염병보다, 더욱 중요하게 다루어야 할 문제는 (오히려 모든 사람들에게 심각한 영향을 초래한) 경제활동을 과도하게 억압한 정부의 전염병 대책 조치이다. 정부가 이 당사자들을 돕기 위해 시행한 여러 조치들이 이를 증명한다.

3. 경제적 활동의 매개는 바로 계약이다. 매매계약, 도급계약, 식당계약, 운송계약, 임대차계약 등이 그 예이다. 그렇기 때문에, 경제활동의 제한은 필연적으로 수많은 계약들에게 영향을 미쳤다. 예를 들어, 정부의 결정에 의해 영업을 할 수 없게 된 식당의 경우 그 날짜에 예약한 손님들은 어떻게 되는가? 또한 임대인으로부터 임차한 장소에서 상인이 경제활동을 하는 경우, 더 이상 고객을 받지 못하는 때 그 상인은 임대료를 지불하지 않을 수 있는가? 이러한 것들이 질문이 던져지고 많은 법적 분쟁을 발생시킨 어려운 문제들 중 하나이다.

따라서 이 비극적인 기간동안 계약들에게 시련의 시간들이 필요할 수밖에 없었다. 보건 조치와 그에 따른 경제적 과급효과가 계약에 미친 영향은 무엇인가? 이러한 질문은 전염병이 발생하기 전 체결된 계약들로

한정하여 다뤄야 함이 분명하다. 그 이유는 전염병이 발생하고 난 후에는 그 전염병이 계약 체결 시 고려되었을 것이기 때문에, 그 이후에는 예측불가능한 문제가 발생했다고 볼 수 없으며 또한 장래의 결과들에 대한 합의 조항들이 준비될 수 있다. 예를 들어, 2020년 6월에 결혼업체와 같은 해 9월에 있을 결혼식을 위해 계약을 체결한 경우, 그 계약은 새로운 봉쇄조치의 경우 계약 당사자들은 결혼식 일정의 연기를 고려하고 재정적인 결과 또한 함께 검토해야 한다. 그러나 이러한 팬데믹이 100년 한번 있을지 없을지 모르는 사안이기 때문에, 해당 보건 위기가 발생하기 전 체결된 계약은 이러한 상황을 예견할 수 없는 것이 일반적이다.

4. 2016년 2월 10일 오르도낭스(채권법개정에 관한 것)에 의해 개정 및 시행되고 있는 매커니즘과 개념들, 예를 들어 예견불능에 따른 변경(제1195조), 본질적 채무의 실질적인 내용이 없어짐에 따라 기재되지 않는 것으로 보는 조항(제1170조), 동시이행의 항변권(제1219조) 및 불가항력 등과 같은 계약일반법에 대한 내용이 주장되었다. 따라서 이 보건 위기 기간은 개정된 계약법을 매우 중요한 문제들과 함께 시험해볼 수 있는 기회로 볼 수 있다. 이러한 목적에 대한 파기원의 최초의 판결들, 특히 상가임차인의 임대료 지급 채무에 대한 판결과 영업 손실에 대한 보험계약과 관련한 판결들을 통해, 이러한 시험이 비극을 대면하여 계약과 계약의 구속력에 대한 저항이 있음을 보여주었다고 할 수 있다(I). 이러한 전염병의 기간동안 수많은 계약 당사자들이 겪을 수 있는 이행의 어려움을 대처하기 위한 적절한 대처법에 대한 기대는 계약일반법에 대한 것이 아니었다. 반면 특별법은 필수적인 것이고 시행되었다(II).

I. 계약일반법 : 보건위기에 직면한 계약과 계약의 구속력에 대한 저항

이 저항은 계약 조항의 수정 시도의 미약한 성공(A)과 불이행의 결과에 대한 대처(B)에서 살펴볼 수 있다.

A. 계약의 내용 수정 시도의 미약한 성공

1) 예견불능을 원인으로 한 계약 수정의 미약한 성공

5. 이 비극의 결과의 규모는 예견불가능 하였으며 또한 의심할 여지없이 해당 물품이 매우 희귀해지거나 비싸진 경우와 같이 합의된 이행을 위해 과도한 비용이 요구되는 상황에 놓은 계약 당사자들이 발생하였다.

역사적으로 프랑스법은 예견불능을 이유로 계약의 수정을 재판에서 주장하는 것을 인정하지 않았다. 대표적인 판례가 1876년 3월 6일 파기원 판결인 ‘크하쁜느 운하’ 사건이다.

그러나 2016년 2월 10일 오르도낭스로 인해 민법 제1195조로 인해 몇 가지 변화가 발생하였으며, 제1195조는 우선적으로 당사자간의 재교섭을 규정하고 협상이 되지 않은 경우에 일방 당사자에게 과도한 부담으로 변한 이행이 포함된 계약의 수정을 법원에 요청할 수 있음을 규정한다. 따라서 채무이행의 비용 증가로 인한 직접적인 부담의 경우에는 이 조문에 확실히 해당한다. 반면 반대급부의 가치 하락으로 인한 간접적인 부담의 경우에 제1195조에 해당한다고 보는 학설이 주장되나 많은 지지를 받지 못하고 있다.

6. 이러한 재교섭의 매커니즘은 마치 항상 가능했던 것처럼 보일만큼 이번 위기를 통해 다양한 개별 계약에 우호적으로 적용될 수 있었다. 그러나 이러한 계약의 재교섭과 관련하여, 파기원을 포함한 어떠한 법원의 판결도 찾아볼 수 없다.

법원의 판결이 없는 것과 관련한 한 가지 설명은 경제계(상업계)가 자신들의 계약에 대한 법원의 개입을 극심하게 반대해왔다는 것에 찾을 수 있다. 2016년 계약법이 개정된 후, 강행규정이 아닌 민법 제1195조를 배제하려는 개별 조항들이 경제계에 대규모로 빠르게 전파된 것이 이를 잘 보여준다.¹⁾

1) Cf. L. Ballone-Burini, in Les défis du droit des contrats, Contrats, conc., consom. 2020, dossier 12, p.9.

7. 그러나 경제계(상업계)에 예견불능과 불가항력이 동시에 문제가 된 사건이 발생하였다. 이는 전력공급사인 Total사와 전력을 생산하는 EDF 사간의 계약에 관한 것이다. Total사는 정해진 가격으로 1년간 일정량의 전기를 구매하는 계약을 체결하였다. 그러나 경제활동의 감소로 인해, 2020년 전기 가격이 폭락하게 되었다. 따라서 Total사는 시장가격보다 계약상 합의된 높은 가격을 지불하고 전기를 구매해야 했으며, 이 합의된 가격은 전기를 공급함으로써 얻을 수 있는 이익보다 더 높았다. 이에 Total사는 계약의 내용을 수정하기 위해, 민법 제1195조의 예견불능과 계약 수정의 매커니즘을 정확히 주장하진 않았지만, « 합리적인 경제적 조건에 따라 당사자의 채무이행 불가능 »을 초래하는 외부의 저항할 수 없는 예견불능 사건과 같은 불가항력의 경우, 이행 정지를 규정한 계약상 조항을 주장하였다. 채무이행의 경제적 조건이 합리적이지 않음을 고려하여, 2020년 5월 20일 파리상사법원과 2020년 7월 28일 파리고등법원은 Total사의 승소판결과 더불어 불가항력과 예견불능에 의한 계약수정을 동시에 내용으로 하고 있는 계약상 조항을 적용하였다.²⁾ 가스와 석유 등 다양한 에너지를 생산하고 공급하는 Total사가 상당한 규모의 경제주체임에도 불구하고 Total사가 자신들의 합의된 채무에서 벗어나기 위해 법원에 소를 제기하였다는 점은 상당히 놀라운 일임을 주목해야 한다.

그 후 아이러니하게도, 이 사건이 이후 2년이 지나지 않은 2022년 Total사는 200억유로의 수익을 낸 반면, EDF는 600억 유로 이상의 손실이 발생하였다.

2) 영업손실에 대한 보험계약 내용에 대한 저항

8. 사업의 중단으로 발생한 손해를 보상받기 위해 사업자가 보험사를 상대로 제기한 분쟁이 다수 나타났다.

봉쇄조치기간동안, 특히 2020년, 직업활동에 대해 완전히 또는 광범위하게 제한을 받은 사업자들은 자신들의 수익이 완전히 곤두박질침에도

2) CA Paris, 28 juill. 2020 : JCP G 2020, 1268, obs. P. Stoffel-Munck.

불구하고, 그 사업을 유지하기 위한 고정비용은 계속하여 지출하여야 했다. 즉 이들에게 직업활동에 있어 재정적 손실이 발생했다.

이로 인하여, 손님을 받는 것이 금지된 상인들에게 발생한 사업상 손해가 그들의 직업적 활동을 보장하기 위해 계약한 다중위험 보험계약의 대상에 해당하는지에 대한 질문이 빠르게 제기되었다. 법률에는 이러한 종류의 보험에 대한 구체적 규정이 없었기 때문에, 그 해답은 피보험자와 보험자간 자유롭게 체결된 계약의 내용(용어)에 있었다. 아주 빠르게 ACPR(l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : 통제 및 해 제 담당 기관)은 펜데믹의 결과에 대한 보험회사들의 대처를 평가하고자 계약서를 수집하여 분석하였다. 이 분석에 따르면, 대부분의 경우 보장되는 물건의 손해가 화재나 수해와 같은 재난의 경우로 발생할 것을 요건으로 하였기 때문에, 분석된 계약의 93%는 영업손실에 대한 보상을 받지 못하였으며 약 3%의 계약만 보상을 받았고, 약 4%의 계약들은 ACPR이 확실히 결론을 내리지 못한 사안들이었다.³⁾

9. 상대적 불확실성은 특히 보험회사인 Axa와 수천명의 요식업주간에 체결된 계약과 관련이 있다. 이 계약들은 다양한 상황, 특히 식당에 대한 정부의 폐쇄조치를 포함하여 영업손실을 보장한다. 그러나 이 계약은 동일한 구(département)에 위치한 피보험시설 중 적어도 한 시설이 정부의 동일한 폐쇄의 목적이 된 경우엔 배제된다는 조항이 포함되어 있다.

이 배제조항은 많은 소송의 핵심이 되었으며, 보험회사들은 본인들의 이익을 주장하는 반면, 피보험자들은 이 배제조항이 보험법의 특별한 요건에 충족되지 않음(보험법 제L.113-1조에 규정된 배제조항의 제한된 특징)을 이유로 또는 이 배제조항이 민법 제1170조에 따라 기재되지 않은 것으로 보아야 함을 이유로 해당 배제조항은 효력이 없음을 주장하였다. 2016년 개정된 계약법에 따르면, « 채무자의 본질적 채무의 실질적인 내용을 박탈하게 하는 모든 조항은 기재되지 않는 것으로 본다 »라 규정되어 있다. 2022년 12월 1일 파기원이 보험회사들에게 유리한 판결

3) ACPR, communiqué de presse du 23 juin 2020.

을 내리기 전에, 사실심을 판단하는 법원은 이 문제에 대해 2가지로 구분하여 판결하였다. 파기원은 이 배제조항에 대해 피보험자들이 체결한 보증에 대한 본질적인 부분을 침해하였다고 판단한 고등법원의 판결을 파기하면서, 해당 파기원 민사2부는 해당 배제조항에 규정된 상황들과 다른 상황인 정부의 폐쇄조치로 인해 발생한 손실은 보장되어야 함을 이유로 이 배제조항은 효력이 없다고 판시하였다.⁴⁾

10. 2016년 계약법 개정 시, 민법 제1170조가 법원에 계약의 내용을 수정할 수 있는 권한을 부여함으로써 계약의 법적안정성이 침해되지 않을 지에 대한 우려가 있었다. 이와 관련하여, 첫 판례에서 볼 수 있듯 파기원은 이 과도한 수단을 남용하지 않고 절제하였다.

B. 불이행의 결과들

1) 동시이행의 항변권

11. 계약법은 « 당사자 일방은 자신의 채무가 변제기에 도래하였음에도 불구하고, 상대방이 그의 채무를 이행하지 않으며 또한 그 불이행이 충분히 심각한 경우에는, 자신의 채무이행을 거절할 수 있다 »고 규정한다. 이 규정은 오래전부터 인정되어왔던 내용이 2016년 오르도낭스로 인해 민법 제1219조와 제1220조(불안의 항변권)으로 규정되었다.

의심할 여지없이, 일부 채무자들은 보건위기동안 이 권리를 주장할 수 있었다. 예를 들어, 차량을 구매하려는 매수인이 매도인의 판매점으로 방문하여 차량을 수령하기 전에 계좌이체를 통해 가액을 지불하기로 한 경우, 본래 2020년 3월 25일에 해당 차량이 배송되어야 했으나 매도인의 판매점이 폐쇄로 인해 해당 차량을 수령할 수 없다고 보이는 때, 예방적으로 매수인은 자신의 가액 지불을 거절할 수 있었다.

12. 그러나 수많은 상가임차인과 그들의 임대인간에 발생한 수많은 소

4) Cass. 2e civ.1er déc. 2022, n°21-19.343, B : Contrats, conc., consom. 2023, n°19, note L. Leveneur.

송에서 채무변제를 거절하고자 하는 이 항변권은 거의 의미가 없었다.

행정조치로 인해 동안 손님을 받을 수 없게 된 비식료품 상가임차인들 중 많은 수가 이 봉쇄기간에 자신들의 임대료를 지급하는 것을 거절했다. 종종 임대인이 임대료의 일부를 배려하여 면제해주거나 지급 기한을 연장해준 사례가 발견되나 이는 일반적인 것은 아니며, 일부 임차인들은 임대료를 지불하기 위한 경제적 활동을 할 수 없음을 근거로 동시이행의 항변권을 주장했다. 법원에서 주장한 그들의 이유에 따르면, 불가능성, 즉 임대차 계약에서 규정된 목적에 따라 임차장소를 운영하는 것이 임차인에게 불가능한 경우, 이는 임대인의 제공의무의 하자가 있는 것으로 임차인들은 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다고 하였다.

이러한 주장은 파기원까지 제출되었으나,⁵⁾ 파기원은 2022년 6월 30일 일년의 판결로 이러한 주장을 받아드리지 않았다.⁶⁾ 파기원 민사3부는 해당 임차장소는 이미 임차인들에게 제공이 되었으며 이를 이용하지 못하게 된 것은 입법자들의 행위에 의한 것일 뿐이라며 간단히 판시하였다. 즉 손님을 받을 수 없도록 금지한 행정조치가 임대인의 제공의무 불이행으로 볼 수 없다고 판단한 것이다.

이러한 판결에 대해 다르게 판단할 수 있는 지에 대해 크게 예상되는 바가 없다. 임대인들은 그 행정조치 기간동안 임차장소를 자신의 점유에 두지 않았으며, 전면 폐쇄된 상가건물에 위치한 임차장소라는 특별한 상황을 제외하고는 임차인들은 그 장소에 여전히 접근할 수 있었다. 또한 임차인들은 거주지로 배송하는 원격 판매를 하기도 하였으며 또는 그 임차장소를 리모델링하기도 하였다. 따라서 임대인들이 자신의 채무이행을 하지 않았다고 비난할 순 없다. 이에 더하여 동시이행의 항변권은 민법 제1217조에서 규정하는 불이행이 있는 경우 제재방법 중 하나임을 잊지 말아야 한다.

따라서 임차인들은 동시이행의 항변권을 근거로 자신의 임대료 지급채무에서 벗어날 수 없었다. 이와 동시에 임차인들은 불가항력을 근거로

5) D'autres arguments, notamment tirés du droit spécial du bail ont été également présentés, et pareillement écartés par la Cour de cassation.

6) Cass. 3e civ., 30 juin 2022, n°21-20.190 pourvois n° 21-19.889, n°21-20.127 et n°21-20.190 : Contrats, conc., consom. 2022, n°129, note L.L.

동일한 주장을 하였다.

2) 불가항력

13. 불가항력은 채무자의 통제에서 벗어나 예견불능하고 회피할 수 없는 사건을 의미한다.

이러한 전염병 상황과 관련하여, 채무자들이 불가항력의 상황을 마주하게 된 것은 틀림없는 사실이다. 예를 들어, 한 엔지니어나 컨설턴트가 2019년 12월에 계약을 체결함으로써 2022년 4월에 연구결과나 컨설팅의 결과를 제출하기로 하였으나 코로나로 인해 병원에서 입원 치료를 받다가 사망한 경우, 합의한 급부를 이행하기로 한 채무이행에 방해가 발생한 불가항력 사건임이 틀림없다. 이러한 불가항력 상황은 계약의 해제(민법 제1218조 제1항)와, 불이행과 관련한 채무 전부의 면제(제1231-1조)에 해당하며, 이는 과거 과기원이 질병으로 인해 사망하기 전 자신의 작업을 이행하지 못한 한 장인에 관한 판결과 동일하다.⁷⁾

만약 질병으로 인한 방해가 일시적이었다면, 코로나19에서 치료된 사람들이 자신의 직업으로 복귀할 수 있었기 때문에, 불가항력은 채무의 정지효를 가질 것이다(민법 제1218조 제2항).

14. 만약 채무이행의 방해가 질병 그 자체로 발생한 것이 아니라 이를 대처하기 위한 정부의 조치로 인한 것이라도, 이는 불가항력의 다른 모습으로 동일한 효과를 갖는다. 예를 들어, 2020년 봄, 정부의 금지조치로 인해 예정된 축구 경기를 하지 못하여 그들의 채무인 스포츠 방송 중계를 제공하지 못한 프로 축구팀은 모든 책임에 대한 면제의 이유가 됨을 주장할 수 있었다. 이와 동일하게, 항공 여객운송이 금지됨에 따라 고객들을 운송하지 못한 여행사는 이 외적인 이유로 인해 발생한 방해를 근거로 계약의 해제를 주장할 수 있었다(민법 제1218조 제2항)

15. 그러나 이러한 불가항력 문제는 상가임대인과 임차인간의 매우 심

7) Cass. Ass. plén., 14 avr. 2006, n°02-11.168.

각한 분쟁의 핵심 요소 중 하나였다. 정부의 행정조치로 인해 자신의 임차 장소에 손님을 받는 것이 금지된 임차인들은 계약에 규정된 목적에 따라 임차 장소를 사용하는 것이 불가능함을 주장했고, 불가항력과 관련한 민법 제1218조에 근거하여 그들의 임대료를 지불하지 않음이 정당하다고 주장하였다.

하지만, 파기원은 이러한 주장을 인정하지 않았다. 파기원은 « 권리가 있는 대가로부터 이익을 얻을 수 없는 채권자는 불가항력을 주장함으로써 계약해제권이나 채무이행의 정지를 주장할 수 없다 »고 판결을 내렸다.⁸⁾ 이러한 파기원의 해결법은 이미 2년 전 파기원 민사1부에서 갑작스러운 입원치료로 인해 자신의 스파 치료를 받지 못한 온천시설의 고객의 판결과 동일한 것이다.⁹⁾

의심할 여지없이, 불가항력의 범위를 더 넓게 인정하는 일부 학설은 이러한 파기원의 판결에 대해 비판했다.

그러나 이러한 판결은 완벽하게 정당한 것이다. 민법 제1218조는 계약상 조치로서 불가항력을 규정함에 있어서 그 사건이 채무자의 통제를 벗어남과 예견불능성, 불가피성과 더불어 불가항력이 « 채무자의 채무이행을 방해할 것 »이어야 함을 강조한다. 하지만 위의 경우, 임차인들은 임대료를 지급하는 그들의 채무이행의 방해가 이러한 불가항력의 사건에 의한 것이 아니었다. 오히려 금전채무와 관련하여 불가항력을 주장할 수 없다는 과거 파기원의 판례를 더욱 공고히 한 것으로 보인다.¹⁰⁾

16. 즉, 보건 위기를 통해 계약법의 개념들의 일반적인 적용이 제대로 지속되고 수용됨을 볼 수 있다.

그렇다고 하여, 상당히 심각한 경제적 어려움을 겪은 경제주체들이 큰

8) Cass. 3e civ., 30 juin 2022, précité.

9) Cass. 1re civ., 25 nov. 2020 n° 19-21.060 : Bull. ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 1, note L. Leveneur ; D. 2021, p.89, note C. Grimaldi et p. 114, note S. Tisseyre ; JCP G 2020, 1409, note M. Mekki ; RTD civ. 2021, p. 126, obs. H. Barbier, p.152, obs. P. Jourdain.

10) Cass. com. 16 déc. 2014, n°13-20.306 : Bull. civ. IV, n°118. Cf. en ce sens J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision : D. 2020, p. 611 ; C.-E. Bucher, Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? : Contrats, conc. consom. 2020, étude 5.

주목을 받지 못하였다고 말할 순 없다. 그러나 그 어려움을 겪는 당사자들에 대한 도움은 계약법상 권리를 주장하여 아무런 관계가 없는 그들의 계약 상대방에게서 받아야 하는 것이 아니라, 그들의 경제활동을 제한 및 중지를 강제한 정부에게서 받아야 한다. 즉 이와 관련한 특별법에 대한 것이다.

II. 특별법의 필요성

17. 프랑스에서는 많은 불편함을 발생시키는 과도한 입법 인플레이션이 있음이 아쉬운 부분이다. 이 때문에 법률과 명령들이 과도하게 많아졌으며, 계속 변경되는 규정의 불안정성, 권리의 주체들과 이러한 법률을 이용하는 직업군들이 그 법을 잘 알지 못하는 어려움이 있다.

그러나 이번 보건 위기 상황에서는 특정 문제에 빠르게 해답을 제시하기 위해 법원의 판단이나 늘 한발 늦는 분쟁들을 기다리지 않고 입법자들이 예외적으로 개입하여야 했다. 또한 주목해야 할 점은 민사 관련 법원이 첫 봉쇄기간동안 일을 하지 않았다. 즉 법원도 모두 폐쇄되었다.

이는 공공이익을 위해 봉쇄조치와 다른 금지 또는 활동의 제한을 강제한 정부에게 많은 여과들을 처리해야 하는 문제로 돌아왔다.

18. 정부는 경제활동에 심각한 영향을 받은 회사들을 상대로 경제적 지원을 위한 다양한 제도를 시행하였다. 특히 프랑스는 2020년 3월 25일 오르도낭스로 « 코로나19 전염병의 확산과 그 확산을 막기 위한 조치로 인해 경제적, 재정적, 사회적 영향을 받은 회사들을 위한 연대기금 »을 만들었다. 또한 국가가 보증하는 대출과 급여의 일부에 대한 부담과 관련하여 회사 직원들의 부분적 실업구제 방안을 시행하였다. 반면, 이러한 공적 지원이 상당한 금액을 필요하다는 사실은 파기원이 상가임대인과 임차인 사이에 법적 분쟁에 대해 일반법을 간단히 적용하도록 하였으며,¹¹⁾ 또한 대부분의 경우 임차인들이 정부로부터 재정적 도움을 이미

11) Cf. supra, n°11 et 15.

받았기 때문에 그 이익을 이미 받은 임차인들을 위한 많은 판단을 하지 않았다.

이러한 재정적 측면과 별개로, 계약법의 특별규정이 신설되었으며, 그 중 먼저 계약의 성립과 관련한 규정(A)과 그 계약의 이행(B)에 관한 규정에 대해 살펴본다

A. 계약의 성립과 관련한 조치

이는 두 가지로 볼 수 있다.

1) 원격 공증 서류의 허가

19. 첫 번째 조치는 2020년 4월 3일 제2020-395호 테크레로 인해 시행된 보건위기 기간동안 원격 공증 서류에 대한 허가이다.

사실상 공증업무가 중지되었으며 공증인들은 손님을 받을 수 없었다. 당사자들의 출석이 공증업무에 있어서 반드시 필요하였기 때문에, 공증인은 공정증서를 작성할 수 없었다. 따라서 특히 이러한 긴급상황의 기간에 대한 불확실성과 더불어 이러한 제한이 존재함으로써 인해 어떠한 공정증서도 인정될 수 없다는 것은 받아드리기 어려웠다.

이를 위해, 이 테크레는 법률 문서의 당사자들이 공증인 앞에 출석하지 않더라도 공증인들이 전자적 장치로 문서를 수령할 수 있도록 허가하였다. 이러한 허가는 공증인이 직접 당사자의 자유로운 의사를 확인하는 공정증서 작성에 관한 일반 조항의 예외로, 2020년 8월까지만 한시적으로 인정되었다. 그 이후로, 다시 손님들을 사무실에 받을 수 있게 됨에 따라, 더 이상 이 예외규정은 인정되지 않았다.

몇 년 전부터 (민법 제1369조에 의해) 당사자들이 동일한 장소에 출석할 수 없는 경우, 각 당사자들이 물리적으로 각자의 공증인에게 출석하고 그 공증인들은 전자적 데이터 통신 시스템을 통해 서로 연결이 되어 있다면, 전자적 장치에 의해 공정증서가 작성될 수 있다. 이러한 조치들은 강력한 증거력을 갖는 공정증서가 작성되는 시점에 당사자들의 동성공과 그들의 동의에 대한 진실성 및 자유를 공증인이 확인하고자 하는데 목적이 있다.

따라서 보건위기 기간동안, 공증인의 옆에 있는 것이 아닌 완전히 원격에 있는 당사자들 사이에 체결된 법률 문서의 효력과 관련하여 알아볼 필요성이 발생하였다.

2) 원격 공증 위임

20. 이 첫 번째 경험은 지속적으로 발전될 것이다. 2020년 11월 20일 제2020-1422호 데크레는 당사자들 중 일방 또는 양방 모두가 공증인 앞에 출석하지 않는다고 하더라도, 전자적 장치를 통해 공증된 위임이 가능하도록 규정하였다. 이 경우, 공증인은 화상회의와 원격에 있는 당사자의 신원을 확인할 수 있는 특정 플랫폼을 이용하여야 한다.

이 규정은 장래에 맞닥뜨릴 완전히 원격으로 이루어진 공정증서의 일반화를 위한 예시규정으로 볼 수 있으나 현재에는 원격에 있는 당사자가 그 공정증서에 대해 동의할 때 어떠한 강압이나 위협이 있는지에 대해 확인이 불가능하다는 이유로 그 동의의 자유의 진실성에 대하여 반대가 있다.

B. 계약의 이행에 관한 조치

2020년 3월 25일 첫 봉쇄가 시작되면서, 이러한 조치는 일련의 오르도낭스로 인해 시행되었다.

1) « 기간에 관한 오르도낭스 »

21. 제2020-306호인 첫 번째 오르도낭스는 기간의 연장과 그 기간동안 절차의 적용에 관한 것으로, « 기간에 관한 오르도낭스 »라 불린다. 이 기간 연장은 본래 2020년 5월 24일까지만 해당되었으나 이후 7월 10일까지로 연장된 국가 보건 위기 기간동안 만료된 기간들과 관련이 있다. 이 오르도낭스는 해당 기간동안 모든 기간에 대해 정지하거나 연장한 것은 아니다. 만약 법으로 규정되어 있는 소 제기 기간이 해당 기간 이후 만료되면, 이 소 제기 기간은 연장되지 않는다. 그 연장은 위의 기간에 만료되는 것에 한하여만 적용된다. 이 국가위기가 종료된 이후에

도 최대 2개월의 추가적 기한이 주어졌다. 이러한 규정의 적용범위는 매우 광범위하다. 위의 위기 기간 동안 만료되어야 하는 무효(nullité), 실효(caducité), 제척기간(forclusion), 시효(prescription), 수리불가(irrecevabilité), 기한의 도과(péremption), 실권(déchéance)에 해당하는 법에 규정되어 있는 모든 법률 문서, 이의제기, 소송, 절차, 접수, 신고, 통지 및 등기가 이에 해당한다. 예를 들어, (민법 제1648조) 하자가 발견된 후 2년간 주장할 수 있는 숨겨진 하자에 대한 하자담보청구권이 이 기간동안 만료되면 이에 해당한다.

이를 통해 특별법이 주는 이익을 잘 발견할 수 있다. 당사자들이 보건 위기기간과 경제적 활동 제한 기간동안 자신들의 기한을 준수하는 것이 불가능했음을 법원에 청구하거나 법원에서 이를 입증할 필요없이, 이 특별법으로 인해 한 번에 상당히 많은 문제들이 해결될 수 있었다. 이러한 규정은 대처가 절대적으로 불가능 했을 것이며 법원을 위협하고 불필요하게 혼잡하게 했을 많은 양의 분쟁의 발생을 피할 수 있게 하였다.

2) « 여행에 관한 오르도낭스 »

22. « 여행에 관한 오르도낭스 »라 불리는 제2020-315호인 두 번째 오르도낭스는 불가피하고 불가항력에 의한 예외적인 상황에 대한 여행 및 숙박에 관한 계약들의 해지로 인한 재정적 문제들과 관련이 있다.

이 오르도낭스는 일반 규정(민법 제1229조)의 예외적 조항으로 2020년 3월 1일부터 9월 15일 사이에 통지된 계약 해제와 관련한 것이다. 위의 오르도낭스로 인해, 여행객들이 전염병 위기와 같은 불가항력을 이유로 계약을 해지하는 경우, 여행사들이 여행객이나 숙박객에게 금액의 전부를 환불하는 대신 위기 상황이 끝난 후 미래에 사용할 수 있는 사용권을 제공할 수 있게 되었다. 이러한 조치로 인해 여행사들은 잠정적으로 불가능해진 여행과 관련한 고객들에게 환불하여야 했었던 그 금액에 대해 일시적으로 환불하지 않을 수 있게 됨으로써, 여행 및 숙박업계에 큰 도움이 되었다.

3) « 임대차에 관한 오르도낭스 »

23. 마지막으로, « 임대차에 관한 오르도낭스 »라 불리는 제2020-316 호인 세 번째 오르도낭스는 코로나 전염병의 확산으로 인해 경제활동에 영향을 받은 회사의 임대차와 관련한 임대료, 수도세, 가스세, 전기세에 관한 것이다. 위에 해당하는 회사들은 국가에서 운영하는 연대기금의 수혜자와 관련이 있다.

이 오르도낭스는 전염병기간동안 해당 사용료를 내지 못한 경우, 전기나 가스, 수도의 공급중단, 중지, 또는 감소 등을 제공업체가 할 수 없게 함으로써, 사용료의 지불을 하지 못한 회사들을 보호하였다.

또한 회사들이 일하는 장소나 상업적 장소를 임차한 경우, 해당 오르도낭스는 임대인들에게 재정적 벌칙이나 지체에 대한 손해 및 손해배상 청구의 적용과 연체료 조항이나 해제조항 및 벌칙 조항 또는 해당 임차장소의 임대료나 관리비를 지불하지 못한 경우 적용될 수 있는 모든 조항들의 적용을 금지하였다.

24. 위에서 언급한 전기, 가스 및 수도에 관한 채무와 임대료에 관한 채무는 민법 제1343-5조에서 규정된 은혜기간의 대상임을 법원에 주장할 수 있었다. 그러나 은혜기간을 통한 방법은 수천 개의 회사들이 동시에 처한 상황과 또한 이러한 회사들이 그들의 경제활동의 급격한 감소로 인한 타격이 있는 경우에 그들의 변제를 연기할 수 있는지에 대한 즉각적 답변이 필요한 상황에서 적합한 수단은 아니었을 것이다.

이러한 오르도낭스는 직업적 또는 상업적 공간의 임대차로 인한 임대료 채무가 여전히 존속하고 있음이 강조되어야 한다. 해당 기간에 일시적으로 채무이행이 중지된 것이기 때문에, 임대인의 채권은 여전히 존재하는 것이며 단지 법률로 그 채권의 변제를 요구하기 전에 일시적으로 기다릴 것을 요구했을 뿐이다.

번역 : 박준혁 교수(울산대학교)

VACCIN ET COVID-19, regard de droit français

Sabine Mazeaud-Leveueur

Professeur à l'université Paris XII (UPEC)

La pandémie mondiale due au Coronavirus a atteint une multitude de personnes et occasionné de très nombreux décès, créant une grave inquiétude. Pendant de longs mois, l'avènement d'un vaccin permettant de juguler cette épidémie a été attendu avec beaucoup d'espoir. L'arrivée sur le marché de plusieurs vaccins, si l'on peut estimer qu'elle a grandement contribué à endiguer la propagation de la Covid-19, a en elle-même posé en France un certain nombre de difficultés pratiques et juridiques dont nous envisagerons quelques aspects. Le premier a trait à l'introduction de ces vaccins –envisagée comme un bienfait- dans l'espace public, ce qui pose des questions de politique vaccinale à résonance juridique (I). Le second touche aux conséquences dommageables hélas parfois produites par de tels vaccins qui appellent à s'interroger sur l'indemnisation des personnes qui en sont victimes (II).

I- POLITIQUE VACCINALE

Si la politique vaccinale de la France a consisté dans un premier temps à rendre la vaccination contre la Covid-19 possible (A), s'est ensuite posée la question du caractère obligatoire de cette vaccination (B).

A- Rendre la vaccination possible

Dans un premier temps, c'est le manque cruel de vaccins qui a été mis en avant. La préoccupation était alors de rendre la vaccination contre la Covid-19 accessible à la population.

Il fallut le temps de mettre au point ces vaccins puis de les faire admettre par les autorités européennes et françaises de santé. Face à l'urgence, les processus ont été accélérés et les autorisations juridiques de mise sur le marché français

sont finalement intervenues. Il restait en pratique à recevoir suffisamment de doses pour permettre une large vaccination.

En attendant, pour les premiers vaccins disponibles, il fallut décider à quelles tranches de la population les administrer en priorité, ce qui a fait l'objet d'une politique évolutive au fur et à mesure à la fois des avis médicaux et des stocks disponibles. La vaccination devint possible mais autorisée avec parcimonie afin de protéger d'abord les personnes supposées les plus fragiles. Des questions juridiques ont alors émergé sur la vaccination notamment des mineurs et des personnes majeures protégées sur leur capacité à exprimer une volonté éclairée¹. Puis, les doses de vaccins se multipliant, les autorités passèrent de l'autorisation à la recommandation pour inciter largement à la vaccination contre le Coronavirus.

Mais la maladie continuant à étendre ses ravages et la pénurie de vaccins écartée, fallait-il aller plus loin et passer à une vaccination obligatoire ?

B- Rendre la vaccination obligatoire ?

La vaccination obligatoire existe déjà en France depuis un certain temps pour d'autres vaccins comme par exemple ceux contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite. Mais en 2018, leur extension qui a porté leur nombre à 11 pour les nourrissons, si elle a été bien accueillie par une grande majorité de la population, a néanmoins suscité une polémique auprès d'une petite partie des français réfractaire à l'idée même de vaccination, craignant qu'elle n'apporte plus d'inconvénients que de bénéfices pour la santé et que son caractère obligatoire ne cache une volonté exclusive de profits de la part de grands groupes pharmaceutiques. Dans ce contexte, il paraissait difficile aux pouvoirs publics d'imposer la vaccination contre la Covid-19 dont la nouveauté emportait nécessairement une dose d'inconnu.

Le choix s'est alors porté dans une première phase² sur l'exigence pour les citoyens de produire un « passe sanitaire » attestant, soit qu'ils avaient reçu le nombre de doses exigées pour un schéma vaccinal complet, soit avaient subi un test de dépistage négatif très récent. La présentation de ce « passe » était exigée pour entrer dans certains lieux ou participer à des activités dont la liste

¹ Comité consultatif national d'éthique, *Enjeux éthiques soulevés par la vaccination contre la Covid-19*, 29 mars et 9 juin 2021.- J.-J. Lemouland, D. 2021. 1261.

² Loi 2021-689 du 31 mai 2021.

a ensuite été étendue à plusieurs reprises³. L'objectif était d'inciter les français à se faire vacciner sans toutefois les y obliger puisqu'un test négatif pouvait suffire et, en outre, le « passe sanitaire » n'était pas indispensable partout. La vaccination contre le Coronavirus était donc très fortement recommandée mais pas obligatoire.

La maladie continuant à se répandre –et les doses de vaccin ne manquant plus–, les pouvoirs publics renforcèrent encore le mécanisme en remplaçant le « passe sanitaire » par un « passe vaccinal »⁴. A la différence du premier, le second nécessitait de justifier d'un schéma vaccinal complet contre la Covid-19 sans alternative possible –sauf contre-indication médicale⁵– pour pouvoir accéder à la plupart des lieux recevant du public⁶. C'était, de l'aveu même du ministre de la santé de l'époque, « une forme déguisée d'obligation vaccinale »⁷.

Cette mesure exceptionnellement contraignante ne dura que quelques semaines. L'épidémie se calmant, et l'opinion publique à bout de ces restrictions sanitaires privatives de liberté, il a été mis fin au passe vaccinal le 14 mars 2022. Seul un « passe sanitaire » demeurait obligatoire pour accéder aux établissements de santé et lieux de contact avec des personnes vulnérables. Cette dernière mesure a pris fin le 31 juillet 2022⁸. Du moins telle était la situation pour l'ensemble des particuliers.

En revanche, tous les professionnels en activité auprès de personnes malades ou fragiles furent soumis, à une véritable obligation vaccinale directe, sans détour par un quelconque « passe » : non seulement les médecins et infirmières mais aussi les bénévoles, aides soignants, pompiers, etc. Son caractère contraignant ne pouvait être imposé par un simple décret gouvernemental : une loi fut nécessaire⁹. Une telle atteinte obligatoire à l'intégrité physique des personnes constitue « *en tant qu'intervention médicale non volontaire* » une

³ Loi 2021-1040 du 5 août 2021 et décrets qui suivirent.

⁴ Entre les 24 janvier et 14 mars 2022. A quelques exceptions près : par exemple pour aller voir un proche en maison de retraite ou pour un transport résultant de motifs impérieux.

⁵ Avec sanctions sévères contre les faux certificats.

⁶ Ainsi, un tel « passe » n'était pas requis pour les personnes travaillant dans des entreprises ne recevant pas du public.

⁷ Olivier Véran, interview au média Brut le 18 déc. 2021, annonçant la préparation d'un projet de loi début 2022 instaurant un « passe vaccinal ».

⁸ L. 2022-1089, 30 juill. 2022 mettant fin à l'état d'urgence sanitaire.

⁹ L. 2021-1040, 5 août 2021, approuvée par le Conseil constitutionnel (Décision 2021-824 du 5 août 2021) ; renforcée par L. 2022-1089, 30 juill. 2022.

ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰, qui n'est permise que si elle est proportionnée au but poursuivi¹¹, notamment l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé de tous¹².

Puisque pour eux la vaccination était obligatoire, l'absence de vaccination créait pour ces professionnels une incompatibilité, sanctionnée par une suspension de leur activité et de leur rémunération, qui a conduit la plupart d'entre eux à se laisser, finalement, vacciner. Toutefois d'autres ont préféré démissionner et changer de métier ce qui n'était pas le but escompté puisqu'il en est résulté une diminution des effectifs de personnel soignant dont on avait pourtant bien besoin.

L'obligation vaccinale devrait prendre fin dans les prochaines semaines et les personnels soignants suspendus être réhabilités puisque le ministre de la santé a annoncé souhaiter suivre l'avis de la Haute autorité de la santé qui préconisait une telle mesure le 30 mars dernier.

Cette campagne de vaccination massive –aussi bien incitative que dans certains cas, nous l'avons vu, obligatoire–, si elle a éradiqué nombre de formes graves de la maladie et a corrélativement permis de désengorger les hôpitaux, a néanmoins été entachée par la survenue d'effets secondaires, rares mais particulièrement graves et parfois mortels, affectant des sujets jeunes et a priori bien portants, si bien que le bénéfice individuel s'éloigne parfois du bénéfice collectif et interroge le régime de responsabilité et de réparation des victimes.

¹⁰ CEDH Solomakhin c. Ukraine, no 24429/03, 15 mars 2012, §33. V. aussi par ex., CEDH Vavricka et autres c. République tchèque, D. 2021. 1176, M.-L. Moquet ; RTDciv. 2021. 364, J.-P. Marguénaud.

¹¹ Même décision, § 36 : « *De l'avis de la Cour, l'ingérence dans l'intégrité physique du requérant pourrait être considérée comme justifiée par des considérations de santé publique et la nécessité de contrôler la propagation des maladies infectieuses dans la région* ». V. dans le même sens, CE 6 mai 2019, n° 419242 et 415694, AJDA 2019 n°17 p. 964.

¹² Cons. Const. 9 juill. 2020, Décision 2020-803, §10, se référant à l'article 11 du préambule de la constitution de 1946. V. dans le même sens, Cons. Const. 31 mai 2021, Décision 2021-819, §6.

II- RESPONSABILITE ET REPARATION

Les victimes des effets néfastes de la vaccination peuvent réclamer une réparation de leur préjudice directement auprès d'un organisme public (A), ce qui n'exclut pas la mise en cause de différentes responsabilités (B).

A- Réparation

S'appuyant sur la solidarité nationale, les pouvoirs publics ont depuis une petite vingtaine d'années prévu d'octroyer une réparation aux personnes qui ont subi un préjudice résultant notamment d'une vaccination et ce, sans qu'elles aient à prouver de faute. Cette réparation est assurée, depuis 2006 par un organisme dédié : l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).

Pour autant, l'accès à cette indemnisation est moins facile qu'il n'y paraît. En effet, si un texte prévoit expressément l'intervention de cet Office en cas de vaccination obligatoire¹³, il revient tout de même à la victime de prouver que le préjudice est directement imputable à cette vaccination obligatoire, sans qu'une présomption ne vienne l'aider dans l'administration de la preuve¹⁴. Le même régime pourrait¹⁵ être étendu aux dommages résultant d'une vaccination qui, sans être obligatoire, aurait été réalisée au titre d'une mesure sanitaire d'urgence¹⁶, donc pendant ce que l'on a appelé l'état d'urgence sanitaire qui a duré jusqu'au 31 juillet 2022. En dehors de ces deux hypothèses spécifiques à la vaccination covid¹⁷, la réparation est octroyée encore plus difficilement par l'ONIAM. En effet, les dommages imputables aux autres vaccinations relèvent alors de la catégorie plus générale des accidents médicaux pour lesquels l'Office n'intervient qu'à titre subsidiaire (en l'absence de responsabilité d'un professionnel de santé ou apparenté) et seulement si le dommage présente un caractère de gravité fixé par décret à un niveau élevé, et d'anormalité au regard

¹³ CSP, art. L. 3111-9 auquel renvoie l'art. 18 de la loi 2021-1040 du 5 août 2021.

¹⁴ Rapport d'activité de l'ONIAM 2021, p. 41.

¹⁵ V. en ce sens, Rapport d'activité de l'ONIAM 2021. V. aussi, E. Supiot et L. Friant, *Vaccin et droit à l'aune de la Covid-19*, RDC 2022/3, spéc. p. 77 ; M. Denimal, *Le régime juridique applicable au recours des victimes des vaccins contre le virus du Covid 19*, Gaz. Pal. 26 avr. 2022.

¹⁶ CSP, art. 3131-1 et 3131-4.

¹⁷ Et pour lesquelles 243 demandes ont été déposées en 2021 (Rapport d'activité de l'ONIAM 2021, p. 41).

de son état de santé¹⁸, critères qui sont appréciés avec une certaine sévérité¹⁹ rendant l'indemnisation moins accessible.

Il reste que l'avantage de cette réparation issue de la solidarité nationale réside dans son caractère amiable, administratif et extra judiciaire, dont la logique diffère de celle de la responsabilité classique qui est également ouverte aux victimes.

B- La responsabilité

L'action en responsabilité peut être dirigée contre l'Etat en général, contre la personne des soignants qui ont prescrit ou administré le vaccin contre la Covid-19 ou contre le fabricant du vaccin inoculé.

1° Responsabilité de l'Etat

La responsabilité de l'Etat peut être poursuivie devant les tribunaux administratifs notamment lorsque le préjudice subi hors vaccination éligible n'atteint pas le seuil de gravité élevé exigé par l'ONIAM ou encore lorsque celui-ci a rejeté la demande. Le recours à la sphère judiciaire pourrait être moins aléatoire pour les victimes qu'elles ne pourraient le redouter. En effet, la jurisprudence administrative, à propos des effets secondaires indésirables graves du vaccin contre l'hépatite B, pose au profit des victimes une présomption de responsabilité de la puissance publique dès lors que le dommage est imputé à une vaccination obligatoire²⁰, ce qui présente un avantage indéniable. Le Conseil d'Etat estime qu'à partir du moment où la causalité entre le vaccin et ses conséquences dommageables ne peut être

¹⁸ CSP, art. L. 1142-1, II : « *conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire* ».

¹⁹ Rapport d'activité de l'ONIAM 2015 p. 26 A VERIF

²⁰ CE 29 sept. 2021, n°435323, JCPG 2022, 759, J. Knetsch n°2; JCPG 2022, 405, G. Eveillard n°4 : « (...) *saisie d'un litige individuel portant sur les conséquences pour la personne concernée d'une vaccination présentant un caractère obligatoire, la cour a commis une erreur de droit. En effet, pour écarter toute responsabilité de la puissance publique, il appartenait à la cour, non pas de rechercher si le lien de causalité (...) était ou non établi, mais de s'assurer, au vu du dernier état des connaissances scientifiques en débat devant elle, qu'il n'y avait aucune probabilité qu'un tel lien existe* ».

scientifiquement exclue, le lien de causalité est établi. Pour autant, cette présomption ne suffit pas à engager la responsabilité de l'Etat. Elle doit être corroborée par des indices tels que l'apparition assez rapide des premières manifestations de la maladie après l'inoculation du vaccin et l'absence de manifestation antérieure de la maladie²¹. Cette jurisprudence pourrait être transposée aux effets de la vaccination contre la Covid-19.

2° Responsabilité du personnel soignant

Le code de la santé publique indique expressément que la responsabilité du personnel soignant ne peut être engagée que pour faute²². Quelle faute ? En matière de vaccination contre la Covid-19, la faute pourrait résulter d'un mauvais geste médical : injection brutale, mal dosée, sans désinfection préalable, faits qui s'avèrent très rares. La faute pourrait a priori davantage résider dans une erreur d'appréciation des risques encourus par le patient. Mais sur ce terrain, le médecin comme les autres professionnels de santé sont guidés par les recommandations et contre-indications formulées par la Haute autorité de santé et par différents décrets qui ont très strictement encadré la pratique vaccinale contre le Coronavirus²³, si bien que là encore, il reste bien peu de place pour une décision fautive. On ajoutera que, lorsque le professionnel de santé agit en tant que réserviste sanitaire ou est réquisitionné par les pouvoirs publics pour procéder à la vaccination de la population, sa responsabilité personnelle ne saurait être engagée mais seulement celle de l'Etat²⁴.

Mais le dommage peut provenir du vaccin lui-même et c'est alors la responsabilité du fabricant qui sera recherchée.

3° Responsabilité du fabricant

La responsabilité du fabricant d'un vaccin pourrait être engagée de plein droit si celui-ci présentait un défaut, et ce alors même qu'il aurait bénéficié d'une autorisation de mise sur le marché²⁵. Dans ce cas, c'est le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1245-1 et suivants

²¹ CE 17 fév. 2012, n° 331277.

²² CSP, art. L. 1142-1, I.

²³ Il a d'ailleurs été relevé que la liberté de prescription médicale s'en était d'autant trouvée réduite : E. Supiot et L. Friant, *Vaccin et droit à l'aune de la Covid-19*, RDC 2022/3, spéc. p. 76.

²⁴ Sauf si le professionnel de santé commet une faute détachable de l'exercice de ses fonctions, donc en dehors de l'acte de vaccination... CSP, art. L. 3132-1 (réserve sanitaire) et 3131-8 (réquisition).

²⁵ C. civ., art. 1245-9.

du Code civil qui aurait vocation à s'appliquer. La victime pourrait agir directement contre le producteur du vaccin, sans avoir à démontrer sa faute. Il lui suffirait d'établir le préjudice subi et le lien de causalité avec le fait générateur de la responsabilité. Ce dernier suppose, dans le cadre de ce régime spécial, un défaut du vaccin qui ne présenterait pas, aux termes du texte « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »²⁶. Or avec des vaccins si rapidement élaborés et mis sur le marché, à quelle sécurité pouvait-on s'attendre ? Les pouvoirs publics se sont efforcés de nous rassurer afin que l'inquiétude sur d'éventuels effets néfastes du produit ne constitue pas un frein à la campagne de vaccination de masse. Il reste que l'on ne pouvait s'attendre à une sécurité totale sans effets secondaires pour personne. D'ailleurs les fabricants ont assorti leurs vaccins de recommandations et précisé, en l'état actuel de leurs connaissances lors de la mise sur le marché, les contre-indications dont ils étaient assortis. Si bien que l'obstacle numéro 1 pour la mise en œuvre de cette responsabilité réside dans la preuve du caractère défectueux du vaccin au sens des articles 1245-1 et suivants.

De plus, au cas même où une telle preuve serait rapportée, il reste que le Code civil permet au fabricant de s'exonérer de sa responsabilité pour « risque de développement ». Ainsi, s'il établit que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut », sa responsabilité est écartée. Pour cela, il faut donc que le défaut n'ait pas été prévisible. Cette absence de prévisibilité est sujette à appréciation et, en cas de contentieux, l'issue incertaine.

Dès lors la question s'est posée pour les fabricants, qui avaient réalisé ces vaccins à la hâte pour répondre aux demandes pressantes des Etats, de savoir comment s'assurer qu'ils n'auraient pas à répondre de développements inattendus néfastes de leurs produits mis en urgence sur le marché ? Une première possibilité aurait consisté à introduire dans leurs contrats d'approvisionnement conclus avec la Commission européenne une clause excluant leur responsabilité²⁷. Mais précisément la loi interdit de telles

²⁶ C. civ., art. 1245-3.

²⁷ C'est dans le cadre de ces contrats-cadre conclus entre la Commission européenne et les fabricants des vaccins que la France a contracté avec eux. Les litiges ne relèvent pas du juge administratif français qui est incompétent, mais de la matière civile et commerciale au sens du droit de l'Union ; dès lors, la clause désignant la loi belge et les tribunaux belges est applicable (CAA Paris, 27 janv. 2023 n° 22PA02057, Dalloz actualités 16 fév. 2023, obs. N. Mariappa). Il est à noter que la responsabilité du fait des produits défectueux du Code civil français est issue d'une directive européenne laquelle a été transposée notamment en Belgique dans des termes voisins de la loi française.

clauses²⁸. C'est donc un autre biais qui a été utilisé. Puisque la responsabilité du fait des produits défectueux ne peut être écartée a priori, il a été prévu dans ces contrats que, si elle venait à être retenue contre le fabricant d'un vaccin contre la Covid-19 obligé de verser des dommages et intérêts à une victime de troubles consécutifs à la vaccination, ce producteur en serait remboursé par l'Etat concerné²⁹. Il ne s'agit donc pas d'une clause d'irresponsabilité mais d'une clause de garantie accordée par la Commission et donc par les Etats membres de l'Union européenne au profit des producteurs de vaccins. Et il est bien entendu que la garantie ne saurait jouer si la responsabilité de ces derniers résultait d'un comportement fautif de leur part³⁰.

²⁸ Et les répute non écrites : C. civ., art 1245-14.

²⁹ V. J.-S. Borghetti, D. Fairgrieve et E. Rajneri, *La clause d'indemnisation contenue dans le contrat conclu entre la Commission européenne et AstraZeneca*, D. 2021. 972.

³⁰ Une telle faute pourrait résulter d'une négligence ou d'un défaut de vigilance dans la fabrication ou encore, plus grave, d'une dissimulation d'un risque apparu lors des essais cliniques : E. Supiot et L. Friant, *Vaccin et droit à l'aune de la Covid-19*, RDC 2022/3, spéc. p. 77.

백신과 코비드-19: 프랑스법의 관점

사빈 마조-르브뇌르 (Sabine Mazeaud-Leveneur)

파리 제12대학(UPEC) 교수

코로나 바이러스에 의한 세계적인 유행병이 수많은 사람을 감염시켰으며, 또한 많은 사망자를 초래함으로써 심각한 불안감을 조성하였다. 수개월 동안, 이 전염병을 저지할 수 있는 백신이 출현하기를 커다란 희망을 가지고 기다리기도 하였다. 그리고 몇몇 백신의 출시는, 비록 코비드-19의 확산을 막는데 상당히 기여한 것으로 평가할 수 있으나, 그 자체로서 실무상으로는 법적으로 프랑스에서 일정한 어려움을 야기하였으며 이하에서는 몇 가지의 국면을 살피기로 한다. 그 첫 번째는, 혜택인 것으로 기대된, 이러한 백신의 공공영역에서의 도입과 관련이 있는데, 이는 법적인 측면에서 백신정책의 문제를 제기한다(1). 두 번째는 그와 같은 백신에 의해 때때로 초래되는 악결과(conséquences dommageables)와 관련이 있는데, 이는 백신의 피해자들에 대한 손해배상의 문제를 검토하게 한다(2).

I. 백신정책

프랑스에서의 백신정책이 처음에는 코비드-19에 대항하기 위한 예방접종이 가능하게 할 것인지에 있었다면(A), 그 이후에는 이러한 예방접종의 의무화할 것인지의 문제가 제기되었다(B).

A. 예방접종을 가능하게 할 것

초기에는 제시된 백신이 절대적으로 부족하였다. 따라서 모든 관심은 국민들로 하여금 코비드-19에 대항할 수 있는 예방접종에 접근할 수 있게 하는 것이었다. 그러나 이들 백신을 개발함에 있어서는 시간이 필요

하였으며, 그 다음에는 유럽 및 프랑스에서의 보건기관들로부터 승인을 얻어야 했다. 상황의 위급성으로 인하여, 절차들은 가속되었으며 프랑스 시장에서의 유통을 위한 법적 승인이 내려졌다. 실무상으로는 광범위한 예방접종을 가능하게 할 수 있는 충분한 수량을 확보하는 것이 문제로 남았다.

한편, 최초의 백신이 가능한 시기를 기다리면서, 국민들 중 어느 범위까지를 우선적으로 관리할 것인지 결정할 필요가 있었는데, 이는 의료적 소견 및 처분가능한 재고의 문제를 동시에 고려하여야 하는 정책적 판단의 대상이 되었다. 그리하여 예방접종이 가능하게 되었으나 가장 취약한 것으로 간주되는 사람들을 우선적으로 보호하기 위하여 (백신접종을 위한) 승인은 제한적이었다. 따라서 특히 자신의 의사를 분명하게 표시할 수 없는 미성년자와 피보호성년자에 대한 예방접종과 관련한 법적 문제가 제기되었다.¹⁾ 그리고 백신의 수량이 증가됨에 따라 정부에서는 코로나바이러스 예방접종을 독려하기 위하여 백신접종의 승인을 권고로 전환하였다. 그러나 질병이 지속적으로 그 피해를 확대해 갔으며, 백신의 부족도 해소되는 상황에서 예방접종을 의무화할 것인지의 문제가 대두되었다.

B. 예방접종의 의무화

프랑스에서는 한동안 디프테리아, 파상풍 및 소아마비와 같은 코비드와 다른 유형의 백신을 통한 예방접종을 의무화한 경험이 이미 존재한다. 그런데 2018년에는 그와 같은 의무적 예방접종의 수가 유아의 경우에는 11가지에 이르렀으며, 비록 대다수의 국민이 그와 같은 예방접종을 기꺼이 받아들였으나, 그와 같은 예방접종에 반대하는 일부 프랑스인들의 논쟁을 야기하였는데, 이들은 예방접종이 건강에 대한 이익보다는 위험이 크다는 점과 예방접종의 의무화를 통하여 대규모 제약회사의 전적인 이익추구 의사를 숨길 수 없다는 점을 우려하였다. 이러한 상황에서 정부로서는 코비드-19 예방을 위한 백신접종을 강제하기가 어려워

1) 국가윤리위원회, 코비드-19 예방접종에 의해 제기된 윤리문제, 29 mars et 9 juin 2021, J.-J. Lemouland, *D.*, 2021, 1261.

보였으며, 새로운 백신은 필연적으로 알려지지 않은 예방접종으로 이끌었다.

따라서 처음에는²⁾ 시민들로 하여금 완전한 예방접종 계획에서 요구하는 횟수의 예방접종을 받았거나 또는 최근의 검진에서 코비드 음성반응이 확인되었다는 사실을 증명하는 ‘보건증(passe sanitaire)’을 갖추도록 요구하였다. 그리고 일정한 장소에 입장하거나 일정한 활동(이후 수차례에 걸쳐 리스트가 확대됨)에 참여하기 위해서는 이러한 보건증을 제시할 것이 요구되었다.³⁾ (그리고 이러한 조치를 취한) 목적은 프랑스인으로 하여금 예방접종을 강제하지는 않지만 권장하기 위함이었는데, 그와 같은 평가는 음성반응만으로도 충분하였을 뿐만 아니라 보건증이 모든 곳에서 필수적인 것은 아니었기 때문이다. 요컨대, 코로나 바이러스 예방을 위한 백신접종은 강력히 권고되기는 하였으나 의무적이지는 않았다.

한편, 질병이 확산되고 백신의 수량이 더 이상 부족하지 않게 되자, 정부는 ‘보건증’을 요구하던 것을 ‘접종확인증(passe vaccinal)’을 요구하는 것으로 메커니즘을 강화하였다.⁴⁾ 보건증을 요구하던 처음의 조치와는 달리, 두 번째의 조치는 다른 선택권은 인정되지 않는 것으로서, 의학적 금지지시(contre-indication)가 있는 경우를 제외하고,⁵⁾ 대중을 수용하는 대부분의 장소에 접근하기 위해서는 코비드-19의 예방을 위한 완전한 백신접종 상황을 증명하여야 하는 것이다.⁶⁾ 이는 당시의 ‘보건부(ministre de la santé)’가 시인한 바와 마찬가지로 ‘일종의 위장된 백신접종의무’에 해당하였다.⁷⁾

그러나 이러한 예외적인 강제조치는 몇 주에 걸쳐서만 유지되었다. 질병이 잦아들고 자유를 박탈하는 이러한 보건상의 제한에 대하여 실증이란 여론으로 인하여, 2022년 3월 14일에 접종확인증을 요구하는 상황이

2) 2021년 5월 31일의 법률 제2021-689호.

3) 2021년 8월 5일의 법률 제2021-1040호 및 동 법률의 적용을 위한 데크레.

4) 2022년 1월 24일부터 3월 14일까지 이러한 조치를 취하였으며, 요양원에 있는 친족을 만난다든가 강제적으로 이동하여야 하는 경우는 예외가 인정되었다.

5) 허위의 증명서를 제출하는 경우에는 엄격한 제재가 가해지는 것으로 하였다.

6) 대중을 수용하지 않은 사업장에 근무하는 사람들에게는 이러한 유형의 증서(passe)가 요구되지 않았다.

7) 올리비에 배랑의 2021년 12월 18일의 인터뷰 참조.

종료되었다. 그러나 병의원이나 취약자와의 접촉이 이루어지는 장소에 접근하기 위해서는 여전히 보건증이 요구되었다. 그러나 이 마지막 조치도 2022년 7월 31일에 종료되었다.⁸⁾ 적어도 이는 전체 개인들에 대한 상황이었다.

반면, 환자나 약자를 접하는 직군에 종사하는 사람들에 대해서는 어떠한 증서(passe)에 의한 예외도 인정됨이 없이 진정한 의미에서의 직접적인 예방접종 의무가 부과되었다. 즉, 의사와 간호사 뿐만 아니라 자원봉사자, 의료보조자, 소방수 등을 예로 들 수 있다. 그리고 이와 같은 (예방접종의) 강제는 정부의 데크레만으로는 허용될 수 없었으며, 법률에 의한 근거가 필요하였다.⁹⁾ 인간의 신체에 대한 그와 같은 강제적 침습은 ‘비자발적인 의료적 침습 행위로서’ ‘유럽인권협약(Convention européenne des droits de l’homme)’ 제8조에 의해 보호되는 사생활의 존중을 받을 권리에 대한 침해(ingérence)를 구성하며, 이러한 침해는 모든 사람의 건강을 보호하기 위한 헌법적 가치라는 목적과 같이 그 추구되는 목적에 비례하여서만 허용될 수 있는 것이다.¹⁰⁾

이들에 대해서는 백신접종이 의무적이었기 때문에, 백신접종을 하지 않는 것은 이들 직군의 종사자들에게 있어서는 업무수행 부적격(incompatibilité) 사유가 되었고, 또한 업무수행 및 보수지급의 중단이라는 제재의 대상이 되었기에 중국적으로는 이들 중 대부분의 사람들로 하여금 백신접종을 하도록 이끌었다. 그러나 (백신접종을 하지 않은) 다른 사람들은 사직하거나 종사하는 직종을 변경하기도 하였는데, 이는 원하지 않았던 결과로서 그 이유는 이러한 상황의 전개로 인하여 당시에 매우 필요하였던 간호직역의 인력감축을 초래하였기 때문이다.

그러던 중 백신접종업무는 몇 주 내에 종료되어야 하였으며 업무를 중단하였던 간호인력은 다시 복원되어야 하였는데, 그 이유는 보건부가 지난 해 3월 30일부로 그와 같은 조치를 권고한 상급보건청(Haute autorité de la santé)의 의견을 수용하기로 발표하였기 때문이다.

8) 응급보건상태를 종료시키는 2022년 7월 30일의 법률 제2022-1089호.

9) 헌법위원회에 의해 승인된 2021년 8월 5일의 법률 제2021-1040호 및 이후의 2022년 7월 30일의 법률 제2022-1089호.

10) Cons. const. 9 juil. 2020, Décision 2020-803, § 10.

이러한 대량적 백신접종 캠페인은 - 권고하는 차원이었으나 위에서 살핀 바와 같이 일정한 경우에는 강제적이었던 - 비록 심각한 질병의 결과는 다수 회피하였으며 또한 상관적으로 병원들의 막힘(부담)을 줄이기는 하였으나, 그럼에도 불구하고 젊고 선형적으로 건강한 사람에게도 영향을 미치는 것으로서 드물기는 하나 매우 심각한 그리고 때로는 치명적인 부작용의 출현으로 얼룩지게 되었는데, 이로 인하여 개인적 이익이 집단적 이익에 의해 도외시되고 또한 책임법제와 피해자에 대한 배상제도에 대한 의문이 제기된다.

II. 책임과 손해배상

백신접종으로 인한 악결과의 피해자는 자신들이 입은 손해의 배상을 직접 공공기관에 청구할 수 있으며(A), 이는 다른 유형의 책임추궁을 배제하지 않는다(B).

A. 손해배상

국가적 연대(solidarité nationale)라는 차원에서, 공권력은 20여년 전부터 특히 백신접종으로 인하여 초래되는 피해를 입은 사람들에게 손해배상을 인정하게 되었는데, 이 경우 피해자는 누구의 과책을 증명할 필요는 없는 것으로 하였다. 이러한 손해배상은 2006년부터는 ‘의료사고국가보상청(office national d’indemnisation des accidents médicaux : ONIAM)’에서 담당하고 있다. 그러나 이러한 보상을 받는 것은 보기보다는 쉽지가 않았다.¹¹⁾ 즉, 비록 법문상으로는 의무적 백신접종의 경우에 당해 보상청이 개입할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있으나, 그럼에도 불구하고 피해자는 자신이 입은 손해가 이러한 의무적 백신접종에 직접적으로 기인하였음을 증명하여야 하며, 증거관리와 관련하여 추정은 인정되지 않기 때문이다.¹²⁾ 동 제도는 의무적이지는 않더라도 위급한 보건조치의 명목으로 이루어진,¹³⁾ 즉 2022년 7월 31일까지 지속된 보건적

11) 보건법전 제L.3111-9조에서는 2021년 8월 5일의 법률 제2021-1040호 제18조를 참조하게 하고 있다.

12) 2021년 국가보상청의 활동보고서 41면 참조.

응급상황이라고 불리던 기간 동안에 이루어진 백신접종으로부터 초래된 손해에 대해서도 확대적용될 수 있을 것이다. 코비드 예방접종에 특유한 이 두 가지 경우들을 제외하고,¹⁴⁾ ‘의료사고국가보상청(ONIAM)’에 의한 피해보상은 더욱 어렵다. 즉, 다른 유형의 백신접종에 귀책시킬 수 있는 손해는 의료사고 중 보다 일반적인 카테고리에 포함되는데, 이들에 대해서는 국가보상청이 보조적으로만 개입하며(의료직역 또는 유사직역의 책임이 인정되지 않는 경우) 또한 손해가 데크레에서 정한 엄정한 수준의 심각성을 나타내는 경우, 그리고 건강상태가 비정상적인 경우에만 개입하는데,¹⁵⁾ 그 판단기준이 엄격하게 평가되므로¹⁶⁾ 손해배상에의 접근가능성을 약화시킨다.

그러나 국가적 연대 차원에서 이루어지는 이러한 손해배상의 장점은 그 성격이 당사자의 합의 또는 행정적 차원에서 이루어지는 비사법적인 절차라는 점에 있으며, 따라서 그 논리구성이 피해자들에게 전통적으로 인정되는 책임법상의 그것과는 차이가 있다는 것이다.

B. 책임

책임소송은 국가를 상대로 제기될 수도 있으며, 코비드-19의 예방을 위한 백신을 처방하거나 관리한 의료인력 또는 접종된 백신의 제조자를 상대로 제기될 수도 있다.

1. 국가의 책임

선택할 수 있는 백신접종 이외의 것으로 인한 손해가 국가보상청에서의 배상을 위하여 필요로 하는 심각성에 이르지 않았거나 보상청을 상대로 한 배상청구가 기각된 경우에는 국가를 상대로 한 책임소송을 행정법원에 제기할 수 있다. 사법적 영역에서의 청구는 피해자의 입장에서는 불확실성이 줄어들기에 피해자들이 꺼리지 않을 수 있다. 즉, 행정법원은

13) 보건법전 제L.3131-1조 및 제L.3131-4조 참조.

14) 2021년에 243건의 청구가 제기되었다.

15) 보건법전 제L.1142-1조 II 참조.

16) 국가보상청의 2015년 활동보고서 참조.

B형간염 예방접종으로 인한 원치 않는 심각한 부작용과 관련하여, 손해가 의무적 예방접종에 기인한 것인 한, 피해자에게 유리하게 공권력의 책임을 추정하였는데,¹⁷⁾ 이는 부인할 수 없는 장점이다. 국사원은 백신과 약결과 사이의 인과관계가 과학적으로 배제되지 않는 한, 인과관계가 존재한다고 평가한다. 그러나 이러한 추정은 국가의 책임을 인정하기에 충분하지는 않다. 즉, 이러한 추정은 백신접종 이후 최초의 질병 발현이 신속하게 나타났으며 또한 기저질환이 없었다는 점과 같은 상황증거에 의한 보완이 있어야 한다.¹⁸⁾ 이러한 판례는 코비드-19 예방을 위한 예방접종의 결과들에 대해서도 유추적용될 수 있을 것이다.

2. 의료인력의 책임

보건법전에서는 명시적으로 의료인력(personnel soignant)의 책임은 과책에 의해서만 인정된다고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 그렇다면 어떠한 과책을 말하는가? 코비드-19 백신접종과 관련하여서는, 갑작스러운 주사라든가, 잘못된 용량의 접종, 사전의 소독 생략, 기타 매우 드물게 확인되는 사실 등 잘못된 의료적 처치에서 과책을 찾을 수 있을 것이다. 과책은 선형적으로 볼 때 환자에게 초래된 위험의 평가에 있어서의 오류에서 빈번하게 존재한다. 그러나 이 영역에서, 의사는 다른 보건직군과 마찬가지로 상급 보건청에서 마련한 권고나 금지지시 및 코로나바이러스 예방을 위한 백신의 접종을 매우 엄격하게 규율한 다양한 데크레에 의해 지휘를 받았기에, 과책있는 결정을 하였을 가능성이 적다. 더욱이 의료인력이 보건예비역(réserviste sanitaire)으로 역할을 수행하였거나 국민에 대한 백신접종을 위하여 공권력에 의해 소집된 경우에는 이들의 개인적인 책임은 문제되지 않으며 오직 국가의 책임만이 문제로 될 것이다.²⁰⁾ 그러나 손해가 백신 그 자체로부터 발생할 수도 있으며, 이 경우에는 제조자의 책임

17) C.E. 29 sep. 2021, n° 435323.

18) C.E. 17 fév. 2012, n° 331277.

19) 보건법전 제L.1142-1조 I.

20) 다만, 이들 의료인력이 백신접종이라는 자신의 직무수행과 구별될 수 있는 영역에서 과책을 범한 경우에는 그러하지 아니하다. 보건법전 제L.3132-1조(보건예비역) 및 제L.3131-8조(소집) 참조.

이 문제될 수 있다.

3. (백신)제조자의 책임

제조물에 결함이 있는 경우에는 백신의 제조자책임이 당연히 인정될 수 있으며, 이는 제조물의 출시가 허가를 받은 경우라도 마찬가지이다.²¹⁾ 이 경우, 민법 제1245-1조 이하의 결함 있는 제품의 사실에 대한 책임제도가 적용될 것이다. 피해자는 직접 백신의 제조자를 상대로 그들의 과책을 증명할 필요 없이 소송을 제기할 수 있다. 피해자는 자신이 입은 손해와 책임의 ‘발생사유(fait générateur)’ 사이의 인과관계를 증명하면 족하다. 책임의 발생사유는, 이 특별한 제도의 영역에서는, 백신의 결함을 가리키며, 이는 법문상의 개념으로는 “적법하게 기대할 수 있는 안전성”²²⁾을 갖지 못하는 것을 가리킨다. 그런데 그와 같이 급하게 만들어져서 출시된 백신에 대해 어느 정도의 안전성을 기대할 수 있겠는가? 공권력은 우리를 안심시키려고 노력하였는데, 이는 백신제품이 가질 수 있는 부작용에 대한 걱정으로 인하여 대량의 예방접종 캠페인에 제동이 걸리지 않게 하기 위함이었다. 결국 인신에 대한 부작용이 없는 완벽한 안전성을 기대할 수는 없었다고 할 수 있다. 더욱이 제조자들은 자신들의 백신에 대하여 권고를 하였으며, 시장에 출시될 때의 자신들의 지식에 기초하여 금지지시까지 추가하였다. 따라서 이러한 책임의 추궁에 있어서 가장 주된 장애물은 제1245-1조 이하에서 규정하는 백신의 결함에 대한 증명에 있다고 할 것이다.

더 나아가, 그와 같은 증명이 가능한 경우에도, 민법에서는 제조자로 하여금 개발위험(risque de développement)을 이유로 한 면책을 허용한다. 즉, 제조자가 제조물을 출시하는 당시의 과학적·기술적 지식상태에서 결함의 존재를 발견할 수 없음을 증명한 경우에는 그의 책임에 면책된다는 것이다. 그리고 이를 위하여는 결함이 예견불가능한 것이어야 한다. 이러한 예견가능성의 배제는 평가의 문제일 수 있으며, 소송에 있어서는 불확실한 사정에 해당한다.

21) 프랑스민법 제1245-9조.

22) 프랑스민법 제1245-3조.

국가의 급박한 요청에 부응하기 위하여 이러한 백신을 개발한 제조자에 대하여, 시장에 급박하게 출시되는 제품의 예기치 않은 악결과에 대해 어떻게 책임을 지게 할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. (이와 관련하여), 첫 번째의 가능성은 유럽위원회와 체결한 그들의 (백신)공급계약에서 그들의 책임을 배제하는 약정을 두는 것이다. 그러나 법적으로는 그와 같은 약정은 금지된다.²³⁾ 따라서 또 다른 방법이 활용된다. 결합 있는 제품의 사실에 대한 책임은 선형적으로 배제될 수는 없기 때문에, 이들 계약에서는 만약 코비드-19의 백신접종으로 인하여 제조자가 백신의 피해자에 대하여 손해배상을 하여야 하는 상황이 초래된다면, 제조자는 국가로부터 상환을 받는 방식이다. 따라서 이는 면책약정이 아니라 백신제조자를 위한 위원회 및 유럽회원국에 의한 담보약정에 해당한다. 그러나 이러한 담보는 이들 제조자들의 과책있는 행위에서 초래되는 경우에는 적용되지 않는다.²⁴⁾

번역 : 박수곤 교수(경희대학교)

23) 구체적으로는 기재되지 않은 것으로 간주된다. 프랑스민법 제1245-14조.

24) 그와 같은 과책은 제조과정에서의 주의의무 위반이라든가 연구소에서의 실험과정에서 발견되는 위험의 은폐에서 인정될 수 있을 것이다.

Le sort juridique des voyages pendant la crise Covid-19.

Marie Leveneur-Azémar

Professeur à l'Université de La Réunion

Face à la pandémie de Covid-19 qui a frappé le monde entier au printemps 2020, la France a dû fermer ses frontières. Des milliers de vols et séjours ont été annulés, et aucun voyage n'a pu être planifié pendant plusieurs semaines.

Les voyageurs déçus ont dû annuler leurs vacances, voyages professionnels, et autres séjours familiaux. Désireux d'être remboursés des sommes engagées, ils se sont heurtés au refus des compagnies aériennes et voyagistes, qui leur ont délivré un avoir, à utiliser dans l'année ou les dix-huit mois à venir. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai que le bon, s'il n'avait pas été utilisé, pouvait être converti en remboursement en argent. De nombreux consommateurs se sont émus de cette formule qu'ils n'ont pas choisie. Par ailleurs, certains clients, dont le séjour avait commencé avant la fermeture des frontières, ont dû rentrer précipitamment et n'ont pas bénéficié de la totalité de leurs vacances. Là encore, la demande de remboursement partiel qu'ils ont adressée aux voyagistes n'a pas toujours été honorée. On notera à ce stade que seules les demandes qui portent sur le remboursement des prestations nous intéressent ici. Nous mettons de côté la question de l'indemnisation qui serait invoquée en plus du remboursement, car elle ne pose pas de difficulté. En effet, l'indemnisation est exclue en présence de circonstances exceptionnelles¹.

Ainsi, une question est rapidement apparue : quelle réponse juridique apporter à ces situations ? On voit bien que les intérêts en présence divergent. D'un côté, les clients veulent recevoir un remboursement de tout ou partie de la prestation lorsqu'elle n'a pas été exécutée. De l'autre, les professionnels du voyage se retrouvent dans une situation financière critique. Répondre à toutes les sollicitations, c'est risquer de ne plus pouvoir faire face aux difficultés

¹ Art. 5, 3., Règl. 261/2004 UE du 11 février 2004 ; art. 12, 3b Dir. 2015/2302 du 25 novembre 2015. La même solution existe en droit commun des contrats avec l'effet exonératoire de la force majeure

considérables de trésorerie et par conséquent, de ne plus pouvoir rembourser les clients, qui seront alors également perdants².

Face à cette situation complexe, le gouvernement français et la Commission européenne sont intervenus pour tenter de trouver une solution transitoire qui allie les différents intérêts en présence³. La réaction, en pratique, des acteurs professionnels, a fait apparaître un déséquilibre au détriment des clients. Pour bien comprendre les solutions retenues, il nous faut établir l'état du droit positif avant la crise (1), puis évoquer les règles spécifiques qui ont été édictées (2). Dans un dernier temps, nous évoquerons le cas, plus rare, dans lequel le contrat a été partiellement exécuté (3).

1. L'état du droit français et du droit européen lorsqu'un voyage est annulé

Lorsque le voyage a été annulé, la demande de remboursement par les passagers est parfaitement légitime. En effet, l'apparition du coronavirus constitue un cas de force majeure, et la fermeture des liaisons aériennes et des hôtels par le gouvernement peut être considéré comme un fait du prince. Par conséquent, les contrats de transport et les voyages à forfait ont été résolus de plein droit. Lorsque le client a déjà payé, il est donc en droit de demander le remboursement. Il s'agit là du simple jeu de la résolution du contrat, prévue aux articles 1218 et 1229 du code civil, ainsi qu'à l'article L. 211-14 du code du tourisme. Toute la difficulté est de savoir sous quelle forme ce remboursement peut être effectué par le débiteur. L'« avoir », ou « bon à valoir », constitue-t-il une modalité acceptable ? L'avoir permet au professionnel de maintenir sa trésorerie en espérant la venue de temps meilleurs. Pour le client en revanche, il ne récupère pas l'argent dépensé, mais sait qu'il pourra bénéficier, plus tard, soit d'une prestation auprès du même professionnel, soit d'un remboursement. Pour répondre à cette question de la validité de l'avoir, il faut distinguer selon le contrat conclu.

En présence de l'achat d'un billet sec auprès du transporteur. La première situation évoquée est celle dans laquelle le contrat a été conclu avec le

² V. not. la recommandation émise par la Commission européenne le 13 mai 2020. Elle rappelle la situation « insoutenable » dans les secteurs du voyage et du transport. Elle souligne qu'« en cas d'insolvabilité des organisateurs ou transporteurs », les conséquences se reporteraient sur les voyageurs, qui « ne bénéficieraient d'aucun remboursement ».

³ J.-D. Pellier, Crise sanitaire : il faut sauver l'ordonnance n° 2020-315 relative au tourisme !, D. 2020. 2074.

transporteur, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une agence de voyage, simple mandataire. On parle alors de l'achat d'un billet sec. En principe, le remboursement s'opère en numéraire, par le jeu des restitutions. Cependant, l'avoir est une modalité reconnue par le droit européen en matière de transport aérien. L'avoir peut être proposé au client, qui doit l'accepter par écrit⁴. Autrement dit, si cette modalité est admise, elle ne peut en revanche pas être imposée au client.

En présence d'un voyage à forfait. La seconde situation désigne les contrats qui portent sur une combinaison de prestations : par exemple, transport et hébergement couplés, ou encore, un séjour tout compris. Le cocontractant professionnel est un voyageur. Dans cette hypothèse, le droit européen n'évoque pas l'avoir comme modalité de remboursement (directive du 25 novembre 2015⁵). Cette possibilité a cependant été précisée par la Commission européenne, qui a émis une recommandation le 13 mai 2020⁶. Selon cette instance, proposer des avoirs ne vise pas seulement à protéger les entreprises de transport aérien. Si tous les passagers qui le peuvent consentent à participer à l'effort commun en acceptant un avoir plutôt qu'un remboursement en argent, ils pourront par la suite continuer de voyager ou bien, dans un second temps (à l'issue de la validité du bon), récupérer l'intégralité de la somme versée initialement. La Commission recommande donc de *proposer* aux clients des avoirs, en lieu et place d'un remboursement en numéraire.

2. Le droit de crise limité aux seuls voyages à forfait

Le droit français a été plus loin. La loi du 23 mars 2020 a permis au gouvernement français de prendre des mesures d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Plusieurs secteurs étaient concernés, dont celui des ventes de voyages et séjours. Quelques jours plus tard, l'ordonnance du 25 mars 2020 (n° 2020-315) a permis aux voyageurs d'imposer (et non de seulement proposer) l'avoir aux passagers à titre de remboursement des voyages annulés. Cette dérogation aux textes légaux est limitée dans le temps : elle ne concerne que les résolutions de voyages à forfait notifiées entre le 1^{er} mars 2020 et le 15 septembre 2020. Cette dérogation est également limitée au type de contrat conclu : elle ne couvre que les voyages à forfait et non les billets secs.

⁴ Règlement 11 février 2004 : il s'agit d'un choix offert au passager : le bon n'est délivré qu'avec son accord signé (article 3.7).

⁵ Articles 11.5 et 12.4.

⁶ Recommandation n° 2020/648.

Une ordonnance sévère pour les clients des voyageurs. Ainsi, la forme de l'avoir plutôt que le remboursement en numéraire parût à l'époque particulièrement nécessaire au regard du contexte. Raison pour laquelle le gouvernement a autorisé les professionnels du voyage touristique à imposer cette modalité à leurs clients. Cependant, en imposant le bon à valoir, et en écartant la possibilité d'un remboursement immédiat, l'ordonnance du 25 mars 2020 a fait peser sur les clients le sort des entreprises de voyage. Or, nombre de ces voyageurs sont des consommateurs, qui ont eux-mêmes dû faire face à d'importantes difficultés financières durant le confinement. La règle de l'ordonnance du 23 mars 2020 a pu sembler sévère pour les clients. Elle a eu en outre un effet délétère.

La pratique illicite des compagnies aériennes. Les compagnies aériennes ont de fait appliqué cette règle dérogatoire aux contrats de transport conclus avec leurs clients. Ainsi, de très nombreux clients se sont vus refuser le remboursement en numéraire de leurs billets d'avion, les compagnies aériennes ne délivrant que des bons à valoir. En outre, ces bons étaient le plus souvent d'une durée de 18 mois, ce qui entraînaient un remboursement plus tardif encore pour ceux qui ne les auraient pas utilisés. Même si les raisons d'opportunité qui ont pu gouverner ce choix sont entendables, le fait d'imposer des bons et de refuser le remboursement en numéraire constituait bien une pratique illicite.

Des associations de défense des droits des consommateurs ont réagi. Ainsi, deux d'entre elles ont introduit un référé-suspension devant le Conseil d'Etat le 6 juillet 2020 pour contester la légalité de l'ordonnance du 25 mars 2020. Ce recours a été rejeté le 21 juillet 2020 car ni l'urgence, ni le doute quant à la méconnaissance du droit européen n'étaient établis, et la sauvegarde des entreprises aériennes permettait de justifier les mesures litigieuses. Néanmoins, l'action se poursuit au fond et le conseil d'Etat a formulé à cet égard une question préjudicielle à la CJUE, qui est toujours pendante⁷.

Par ailleurs, une association a assigné plus de vingt compagnies aériennes pour dénoncer leurs pratiques illicites. Nous attendons encore la réponse au fond.

⁷ Affaire C-407/21. Les conclusions de l'avocate générale ont été présentées le 15 septembre 2022.

3. Le contrat partiellement exécuté

Une deuxième situation peut être évoquée ici. Il s'agit des voyages qui ont débuté avant la fermeture des frontières, et qui ont dû être raccourcis ; le plus souvent, les prestations annoncées n'ont pas pu être fournies (par exemple, les clients n'ont pas pu profiter de la piscine de l'hôtel, ont été confinés dans leur chambre...). Certains ont demandé un remboursement partiel, c'est-à-dire une réduction du prix de la prestation.

La réduction de prix comme sanction de l'inexécution partielle du contrat n'a sa place dans le droit commun des contrats que depuis la réforme de 2016. En revanche, elle existait déjà auparavant, dans différents droits spéciaux, et notamment dans le domaine du tourisme. En effet, cette possibilité est ouverte dans la directive de 2015 relative aux voyages à forfait, reprise par le code du tourisme français⁸. La réduction de prix peut être demandée par le client en cas de non-conformité des prestations, en comparaison des services compris dans le forfait lors de la conclusion du contrat. Selon ces textes, le seul obstacle à la réduction de prix réside dans la faute du voyageur⁹.

Pourtant, lors de la crise liée à la pandémie, des voyagistes ont refusé cette réduction de prix, alors même que le séjour ne s'était pas passé comme prévu. Ils ont invoqué « un risque général de la vie » qui empêchait le jeu de la réduction de prix. Une affaire, qui a eu lieu en Allemagne, a fait l'objet d'une question préjudicielle devant la CJUE. Celle-ci vient de répondre, dans une décision du 12 janvier 2023¹⁰. Elle rappelle que la directive de 2015 impose la réduction de prix en cas de non-conformité du séjour, sauf faute du voyageur. La pandémie n'était donc pas un motif valable de refuser la demande de remboursement partiel. Cet arrêt revêt une importance certaine car les juges du fond français ont eu tendance à refuser la réduction de prix¹¹, alors pourtant que la solution inverse s'imposait.

On notera pour finir que cette réduction de prix devra prendre la forme d'un remboursement en argent, et non d'un avoir. En effet, ni la recommandation de la Commission européenne, ni l'ordonnance du 25 janvier 2020 ne visait la

⁸ Art. 14, 3. Dir. 2015/2302, art. L. 211-17 c. tour.

⁹ Il faut distinguer, à nouveau, la sanction principale, ici la réduction du prix, du droit à indemnisation. Ce dernier n'est pas ouvert en présence de circonstances exceptionnelles et inévitables, contrairement à la réduction de prix (ou de la résolution du contrat). Cf art. L. 211-17, III.

¹⁰ CJUE 2^e ch. 12 janvier 2023, aff. C-396/21, JCP G 2023, 361, note Ch. Lachièze.

¹¹ J.-D. Pellier, Retour sur l'incidence de la pandémie de Covid-19 sur les contrats du tourisme, D. 2022. 1364

réduction de prix. L'avoir n'est donc pas une modalité qui peut être imposée au client pour obtenir le remboursement partiel de la prestation.

En définitive, il a fallu jongler entre la sauvegarde des entreprises de voyage et les intérêts des clients. La formule de l'avoir a été l'une des réponses apportées et, même si elle n'a pas été toujours bien accueillie, elle a sans doute permis d'atteindre son objectif : maintenir à flot les professionnels du voyage.

Covid-19의 위기 동안의 여행의 법적 운명

마리 르브뇌르-아제마(Marie Leveneur-Azémar)

레위니옹대학(Réunion) 교수

2020년 봄 전 세계에 유행했던 코로나19 팬데믹(=대유행)으로 인해, 프랑스는 국경을 폐쇄해야만 했다. 수천 개의 항공편과 여행이 취소되었고, 어떠한 여행도 여러 주 동안 계획될 수 없었다.

실망한 여행객들은 그들의 휴가, 출장, 그리고 기타 가족여행을 취소해야 했다. 그들은 지출한 비용을 환불받기를 원했지만, 항공사와 여행사의 거부에 부딪히게 되었고, 이들(항공사와 여행사)은 여행객들에게 향후 1년 내지 18개월 안에 사용할 수 있는 일종의 적립금을 지급하였다. 만약 이것이 사용되지 않았다면, 그 상품권은 그 기간이 만료될 때에만 돈으로 환불될 수 있다. 수많은 소비자들은 그들이 선택하지 않았던 이 방법에 대해 문제를 제기했다. 또한 국경폐쇄 전에 이미 여행을 시작했던 일부 고객들은 서둘러서 돌아와야 했고 그들의 휴가를 완전하게 즐기지도 못했다. 그럼에도, 고객들이 여행사에 제기했던 일부 환불의 요구는 내내 받아들여지지 않았다. 우리는 이 자리에서 우리가 관심을 가지는 급부들의 환불을 목적으로 하는 요구에 대해서만 다루고자 한다. 우리는 환불 외에 요구되는 배상의 문제를 제외하는데, 이는 문제가 되지 않기 때문이다. 실제로, 예외적인 상황에서는 배상이 제외되고 있다.¹⁾

따라서, 하나의 문제가 빠르게 등장하게 되었다 : 이러한 상황들에 대

1) Art. 5, 3., Règl. 261/2004 UE du 11 février 2004 ; art. 12, 3b Dir. 2015/2302 du 25 novembre 2015. La même solution existe en droit commun des contrats avec l'effet exonératoire de la force majeure

(譯) 계약에 관한 일반법에 있어 불가항력에 관한 면제효과로 동일한 해결방안이 존재한다.

해 어떤 법적 해결방안을 제시되는가? 우리는 마주하는 이익들이 서로 일치하지 않는 것을 알 수 있다. 한편에서, 고객들은 급부가 이행되지 않았을 경우에 급부의 전부 내지 일부를 환불받기를 원한다. 다른 한편에서 여행업체들은 재정적으로 심각한 상황에 처해 있다. (고객들의) 모든 요청들에 응하자면, 자산에 관한 심각한 어려움을 더이상 극복할 수 없게 되고, 결과적으로 고객들에게 환불을 제공할 수도 없게 될 가능성이 있는데, 이는 고객들에게 손실을 초래하게 될 것이다.²⁾

이러한 복잡한 상황에 있어, 프랑스 정부와 유럽위원회는 마주하는 여러 이익들을 결합하는 임시적인 해결책을 마련하기 위해 개입하였다.³⁾ 실제로, 업체 당사자들의 반응은 고객들을 희생시키는 불균형의 모습을 보였다. 채택된 해결방안을 잘 이해하기 위해서는, (1) 위기 이전의 실정법의 상태를 밝히고, (2) 제정된 특별규정들을 언급해야 한다. 그리고 마지막으로, (3) 보다 드문 경우로서, 계약이 부분적으로 이행된 경우를 언급하고자 한다.

2) V. not. la recommandation émise par la Commission européenne le 13 mai 2020. Elle rappelle la situation « insoutenable » dans les secteurs du voyage et du transport. Elle souligne qu'« en cas d'insolvabilité des organisateurs ou transporteurs », les conséquences se reporteraient sur les voyageurs, qui « ne bénéficieraient d'aucun remboursement ».

(驛) 2020년 5월 13일 유럽위원회의 권고안 참조. 이 권고안은 여행과 운송 부문에서의 '버틸 수 없는' 상황을 경고한다. 이 권고안은 '주관자 또는 운송업자가 무자력인 경우', 여행자들에게 '어떠한 환불도 받지 못하는' 결과가 돌아가게 될 것이라고 강조한다.

3) J.-D. Pellier, Crise sanitaire : il faut sauver l'ordonnance n° 2020-315 relative au tourisme !, D. 2020. 2074.

1. 여행이 취소된 경우에 있어서 프랑스법과 유럽법의 상황

여행이 취소된 경우 승객들의 환불요구는 완전히 적법하다. 실제로, 코로나 바이러스의 등장은 불가항력의 경우를 구성하고, 정부에 의한 항공편 및 호텔의 폐쇄는 ‘군주의 행위(=정부의 자의적 결정)’로 간주될 수 있다. 따라서, 운송 및 패키지 여행계약은 당연히 해제되었다. 고객이 이미 지불한 경우, 그는 환불을 요구할 권리가 있다. 이것은 민법 제1218조와 제1229조 그리고 관광법 제L.211-14조에 규정된 계약해제의 단순한 작용에 해당한다. 문제는 이 환불이 과연 어떠한 형태로 채무자에 의해 이루어질 수 있을 것인가에 관한 것이다. ‘적립금’이나 ‘상품권’이 허용가능한 방식인가? 적립금은 업체에게 더 나은 시기가 올 것을 기대하면서 자산을 유지할 수 있게 한다. 반대로 고객은, 지급한 돈을 회수하지 못하지만, 후에 동일한 업체의 급부나 환불을 받을 수 있다는 것을 알고 있다. 적립금의 유효성에 관한 이 질문에 답하기 위해서는, 체결된 계약에 따라 구분해야 한다.

운송사로부터 개인용 여행권을 구매한 경우. 언급되는 첫 번째 상황은 계약이 운송업자와 직접 또는 단순 대리인인 여행사의 중개를 통해 계약이 체결된 경우이다. 우리는 이것을 개인용 여행권의 구매라고 한다. 원칙적으로, 환불은 원상회복의 작용에 의해 현금으로 이루어진다. 하지만, 적립금은 항공운송에 관한 유럽법에 의해 인정되는 방식이다. 적립금은 고객에게 제안될 수 있고, 고객은 서면으로 이를 수락해야 한다.⁴⁾ 달리 말하자면, 만약 이러한 방식이 허용된다면, 이 방식은 고객에게 강제될 수 없다.

패키지여행의 경우. 두 번째 상황은 급부들의 결합을 대상으로 하는 계약들을 지칭한다 : 예를 들어, 운송과 체류가 결합된 것이거나, 모든

4) Règlement 11 février 2004 : il s'agit d'un choix offert au passager : le bon n'est délivré qu'avec son accord signé (article 3.7).

(譯) 2004년 2월 11일자 명령 : 승객에게 제공하는 선택권을 말한다 : 상품권은 서명되어야만 발생된다. (제3조 7)

것이 포함된 체류(=올인원). 업체로서의 계약의 상대방은 여행사이다. 이러한 가정하에, 유럽법은 환불방식으로서 적립금을 언급하지 않는다(2015년 11월 25일자 지침). 그렇지만 이러한 가능성은 2020년 5월 13일 유럽위원회에서 구체화되었다. 이 기관에 따르면, 적립금을 제안하는 것은 단지 항공수송에 관한 기업들을 보호하려는 것을 목표로 하지 않는다. 만약 현금환불 대신 적립금을 수령하여 공동의 노력에 참여하는 것에 동의할 수 있는 모든 승객들은, 추후에 여행을 계속할 수 있거나 두 번째 시기(상품권 유효 만료시점)에 초기에 지불한 금액 전부를 회수할 수 있을 것이다. 따라서 유럽위원회는 고객들에게 현금환불 대신 적립금을 제안하는 것을 권고한다.

2. Le droit de crise limité aux seuls voyages à forfait

패키지여행에만 제한되는 위기에 관한 법

프랑스법은 더 멀리 나아갔다. 2020년 3월 23일의 법은 프랑스 정부에게 코로나19 대유행에 대처하기 위해 긴급조치를 취할 수 있도록 허용했다. 여러 분야가 포함되었는데, 여행과 체류를 판매하는 분야도 그에 해당되었다. 그 후 며칠이 지나, 2020년 3월 25일자 오르도낭스(제 2020-315호)는 여행사들에게 취소된 여행의 환불로 승객들에게 적립금을 제공하는 것을 허용하였다(단지 제안하는 것을 허용하는 것은 아니다). 법적 내용에 대한 이러한 특례(예외)는 시간적으로 제한되어 있다 : 이것은 2020년 3월 1일부터 9월 15일 사이에 고지되었던 패키지여행의 해제에만 해당한다. 또한 이 특례(예외)는 체결된 계약의 유형에 있어 제한된다 : 이것은 패키지여행에만 한정되고 개인용 여행권은 해당되지 않는다.

여행사의 고객들에게 가혹한 오르도낭스. 따라서, 현금환불보다는 적립금이라는 형태가 그 당시 상황에 비추어 특히 필요해 보였다. 이러한 이유로 정부는 관광여행업체들로 하여금 그들의 고객들에게 이 방식을 받아들이게 하는 것을 허용했다. 그러나, 이러한 상품권을 강제하고, 즉각

적인 환불의 가능성을 배제하게 되어, 2020년 3월 25일의 오르도낭스는 여행사의 운명(처지)이 고객들에게 부담이 되도록 하였다. 그러나, 많은 여행자들도 격리기간 중에 금전적인 중대한 어려움들에 직면해야 했던 소비자들이었다. 따라서 2020년 3월 23일 오르도낭스의 규정은 고객들에게 가혹해 보일 수 있었다. 이것은 또한 부정적인 영향을 미쳤다.

항공사들의 불법적인 활용. 항공사들은 실제로 고객과 체결했던 운송 계약에 이 예외규정을 적용하였다. 그리하여, 수많은 고객들이 그들 항공권의 현금환불을 거절당했지만, 항공사들은 유효한 상품권만 제공했다. 게다가, 이 상품권은 기간이 18개월인 것이 가장 많았기 때문에, 이것들을 사용하지 아니하였을 사람들에게는 더 늦게 환불되었다. 비록 이러한 선택을 이끌 수 있었던 상황적 이유들이 인정될 수 있더라도, 상품권을 강제하고 현금환불을 거부하는 것은 상당히 불법적인 활용이었다.

소비자권리보호단체들이 이에 반응하였다. 그리하여, 그들 중 2개의 단체는 2020년 7월 6일 국사원에 2020년 3월 25일의 오르도낭스의 적법성에 이의를 제기하고자 집행정지 가처분을 신청하였다. 이 청구는 유럽법에서의 긴급성이나 무지에 대한 의문이 입증되지 않았고, 항공사의 보호는 논란의 여지가 있는 조치들을 정당화할 수 있게 해주었다는 이유로 2020년 7월 21일에 기각되었다. 그럼에도 불구하고, 이 사건은 사실상 계속중이며, 국사원은 유럽사법재판소(Cour de justice de l'Union européenne, CJUE)에 선결(先決)문제의 관점에서 이를 표명하였고, 여전히 계류중이다.⁵⁾

게다가, 한 협회는 항공사들의 불법적인 행위를 고발하기 위해 20개 이상의 항공사를 지정했다. 우리는 아직 본안에 대한 답변을 기다리고 있다.

5) Affaire C-407/21. Les conclusions de l'avocate générale ont été présentées le 15 septembre 2022.

(譯) 담당 변호사의 진술이 2022년 9월 15일에 발표되었다.

3. 부분적으로 이행된 계약

두 번째 상황은 다음과 같이 언급될 수 있다. 이것은 국경폐쇄 전에 시작되고, 단축되어야 했던 여행들을 말한다 ; 가장 흔하게는, 예고되었던 급부들이 제공될 수 없었다(예를 들어, 고객들이 호텔의 수영장을 이용할 수 없었거나, 그들의 방에 격리되었었다). 몇몇 고객들은 일부 환불, 다시 말해 급부에 관한 대금감액을 요구했었다.

계약의 일부 불이행에 관한 제재로서의 대금감액은 2016년 개정 이후 계약에 관한 일반법에서만 적용된다. 그러나, 대금감액은 다양한 채권각론, 특히 관광에 관한 영역에서 그전에 이미 존재했다. 실제로, 이러한 가능성은 패키지여행에 관한 2015년의 지침상 허용되어 있고, 프랑스 관광법에 의해 채택되었다.⁶⁾ 계약체결 당시 패키지에 포함된 서비스와 비교해서, 급부가 부적합한 경우, 대금감액은 고객에 의해 요구될 수 있다. 이러한 내용에 따르면, 대금감액의 유일한 장애요소는 여행자의 과실에 있다.⁷⁾

그러나, 팬데믹과 관련된 위기 동안, 여행사들은, 체류가 계획대로 진행되지 않았음에도 불구하고 이러한 대금감액을 거부하였다. 그들은 “생명에 관한 일반적인 위험”이 대금감액 작용을 막는다고 주장했다. 독일에서 발생했던 한 사건은 유럽사법재판소에 선결문제의 대상이 되었다. 이것은 2023년 1월 12일자 결정⁸⁾에서 답변되었다. 이 결정은, 2015년

6) Art. 14, 3. Dir. 2015/2302, art. L. 211-17 c. tour.

7) Il faut distinguer, à nouveau, la sanction principale, ici la réduction du prix, du droit à indemnisation. Ce dernier n'est pas ouvert en présence de circonstances exceptionnelles et inévitables, contrairement à la réduction de prix (ou de la résolution du contrat). Cf art. L. 211-17, III.

(譯) 여기서는 원칙적인 제재인 대금감액과 배상에 관한 권리를 다시 구별해야 한다. 배상에 관한 권리는 대금감액 (또는 계약의 해제)와는 달리, 예외적이고 불가피한 사정이 존재하는 경우에는 허용되지 않는다.

8) CJUE 2^ech. 12 janvier 2023, aff. C-396/21, JCP G 2023, 361, note Ch. Lachière.

지침이 체류가 부적합한 경우에는 여행자의 과실이 없는 한 대금감액을 강제한다는 것을 상기시켰다. 결국 팬데믹은 일부 환불의 요구를 거절하는데 타당한 이유가 아니었다. 이 판례는 프랑스의 본안 담당판사들이 대금감액을 거부하는 경향이 있었음에도⁹⁾ 반대되는 해결책이 인정되었기 때문에 확실한 중요성을 띠고 있다.

마지막으로 이러한 대금감액은 적립금이 아니라 현금환불의 형태로 취해져야 한다는 점에 유의해야 한다. 실제로, 유럽위원회의 권고나 2020년 1월 25일 오르도낭스는 대금감액을 대상으로 하지 않았다. 결국 적립금은 급부의 일부 환불을 받기 위해 고객에게 제공될 수 있는 방식이 아니다.

결국, 여행사의 보호와 고객들의 이익 사이에서 균형을 맞추어야 했다. 적립금의 방식은 비록 그것이 항상 환영받지는 않았지만, 제시되었던 해결방안 중에 하나였고, 의심할 여지 없이 그것의 목적인 여행업계를 유지시키는 것에 이르게 하였다.

번역 : 성덕근 박사(한국법학원)

9) J.-D. Pellier, Retour sur l'incidence de la pandémie de Covid-19 sur les contrats du tourisme, D. 2022. 1364

Covid-19 と民法—日本の場合

大村敦志

学習院大学教授・東京大学名誉教授

2020年3月2日、私は東京からパリに着いた。当時の日記には、「パリは平穏な感じ。空港検疫は全く作動しておらず、マスクの人もいない」と記されている。それから10日後の3月12日には大統領声明が出され、急激に緊迫感が高まった。翌13日に最後の講義を終えた私は、予定を繰り上げて、週明けの16日の便で急遽パリを後にした。以来3年以上、私はパリに行っていない。ルヴヌールさんご一家の来日・来韓も本来は2020年秋に予定されていたが延期となり、今回、ようやく実現することとなった。

Covid-19による死者数は、ジョンズ・ホプキンス大学のデータによると、日本で7万3000人、韓国では3万4000人であり、人口比を考えると、死亡率はほぼ同じ割合になるだろう。しかしながら、Covid-19に対する対応は日本と韓国とではかなり異なっていたように思う。たとえば、PCR検査の迅速さなどを見ると、日本の遅さ・韓国の速さは大きなコントラストをなしていた。欧米に対して「東アジア」は一律にとらえられることが多いが、フランスを加えて対比してみると、おおまかにいえば、韓国はフランスに近く、日本はフランスから遠い、というのが私の印象である。

以下、ローラン・ルヴヌール教授の報告を踏まえつつ、2点についてコメントをしたい。第一は、Covid-19に対する日本の政府や自治体の対応および国民の反応について、第二は、Covid-19にかかわる民事判例と民事立法についてである。最後に一言まとめにあたることも述べる。

1 日本は、国家法のレベルでは、新型インフルエンザ特別措置法によってこの危機に対応することとなった。同法のもとでは、緊急事態宣言(法32条)が発せられると、基本的には自治体が必要な措置をとることが予定

されていた。また、この制度のもとで国民に対して求めうるのは「生活の維持に必要な場合を除きみだりに当該者の居宅又はこれに相当する場所から外出しないことその他の新型インフルエンザ等の感染の防止に必要な協力を要請すること」(法 45 条 1 項)に限られていた。

より立ち入った対応ができるのは、「学校、社会福祉施設、興行場その他の政令で定める多数の者が利用する施設」についてであり、「当該施設の使用の制限若しくは停止又は催物の開催の制限若しくは停止その他政令で定める措置を講ずるよう要請すること」(法 45 条 2 項)ができるとされていた。「要請」以上のこととしては、施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときには、「特に必要があると認めるときに限り」、当該施設管理者等に対し、措置命令を発することができる(法 45 条 3 項)とされていた。そして罰則としては、命令違反の場合に 30 万円以下の過料を課すことができるだけであった(法 79 条)。

このように、緊急事態宣言が発せられたとしても、政府ができることはほとんどなく、自治体の権限も制約されていた。また、宣言は必ずしも適時に発せられなかったので、東京都などの自治体がそれぞれに独自の宣言を発した。しかも、宣言の発令・停止の基準をしばしば恣意的に変更した。もっとも、これら独自の宣言は制裁を伴うものではなく、法的な根拠もなかった。

それにもかかわらず、日本人は政府や自治体の「要請」によく答えた。というよりも、「要請」が作り出す社会的な雰囲気反する行動は自粛され、自粛しない人々に対しては有形無形の非難がなされるという形で、「自粛」が強要された。オリンピックが予定されていた 2020 年の日本は、ある意味では、やはりオリンピックが予定されていた 1940 年の再来の様相を呈した。すなわち、国内の同調圧力の強さには 1940 年の「大政翼賛会」の設立や、同年前後の「非国民」というレッテルの蔓延を思わせるものがあった。

もっとも、1940 年とは違っていた点もあった。このような社会の動きに対しては鋭い批判も投げかけられたのである。それを象徴するのが「自粛警察」という言葉であった。自粛要請に応じない人々をネット上で批判す

る人々に対して与えられたこの呼び方は、確かに相当程度の抑止力ないし解毒作用を持った。

以上のような日本の対応の特色は、Covid-19 関連の民事判例・民事立法にも影響を及ぼしている。

2 フランスの場合と異なり、Covid-19 関連の最上級審判決はいまだ存在しない。判例データベースで、2020年1月以降の民事裁判例から、要旨に「コロナ」ないし「コロナウイルス」を含むものを検索すると、49件がヒットする。典型的な事件類型としては、①賃料不払による賃貸借解除に関する事件、②整理解雇・解雇権濫用に関する事件がある。さらに、③結婚式に関する事件、④ネット上での誹謗中傷に関する事件が目立つ。また、純粹の民事事件ではないが、⑤支援給付金に関する事件、⑥営業短縮処分に関する事件も興味深い。ほかに、診療拒絶や大学の授業オンライン化に関する事件もある。

①の賃料不払に関しては、Covid-19による賃借人の減収の主張はほぼ退けられている（なかには、単なる口実に過ぎない事件も含まれている）。②の解雇に関しては、Covid-19にかかわる使用者側の事情（減収）・労働者側の事情（感染を恐れた欠勤）などを考慮に入れたものが多いが、考慮しないものも混在している。このように判断は、類型により、また類型内でもバラつきを見せているが、特に、③の結婚式に関しては、Covid-19が蔓延しても結婚式はできるとするものと、社会的に許されないとするものが真っ向から対立している。

他方で、④ネット上での誹謗中傷に関しては、ほとんどの事件で損害賠償請求が認められている。裁判所の「自粛警察」に対する態度は厳しい。また、⑤の支援給付金請求権を差押禁止債権とする点においても裁判所の態度は一貫している。

政府・自治体は国民・住民の協力を取り付けるために各種の給付金（あるいは現物給付としての悪名高いアベノマスク—安倍元首相が国民1人あたり2枚ずつのマスク配布を決めたが、粗悪なマスクが遅れて配布される、あるいは配布されなかった）をばらまく一方で、特別措置法の「柔軟

な」解釈・運用を行ったが、その恣意性が問題とされたのが⑥の営業短縮処分に関する事件である。裁判所は結論としては東京都の責任を認めなかったが、当該処分は「特に必要があると認められる」の要件を満たさず違法であると判断している。

では、こうした不安定な状況を解消するために、フランスのように立法がなされたかと言えば、今のところ何もなされていない。この点において、被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法および罹災都市借地借家臨時処理法の見直しがなされた東日本大震災の場合とは異なっている。その理由については精査を要するが、契約関係には立ち入らず、各種の補助金によって損害を填補すればよい、ということかもしれない。

私は、2020年まで数年にわたって、フランスで日本法を教える機会を得た。講義の中では、比較法学者・野田良之が1960年代に示した「日本人は法が好きではない *Les Japonais n'aiment pas le droit*」という命題は「紋切型 cliché」となっているが、この命題の当否についてはきちんと検討する必要があると述べてきた。しかし、Covid-19への日本の対応を見ていると、本当のところはどうなのだろうかと思問せざるを得ない。

近代法の継受以来150年を経ても日本は「法治国家 *Etat de droit*」とは言えないと感じるものの、政治・自治体の恣意的な行政や住民たちの過度の同調行動に対して危惧感を持ち、これを批判し、あるいは、訴訟に訴える人々が（少なくとも都市部には）存在することに多少安心もする（ただし、紹介しなかった事件のなかには、言いがかり的な訴訟も含まれている）。

おそらく日本において目指されるべきなのは、次のような方向であろう。少ない法律を柔軟に運用しながら、同時に、その恣意性をコントロールする。しかも、伝統的な共同体感覚を持たない外来の人々にとっても理解可能なルールを形成する。しかし、そんなことが可能なのだろうか。Covid-19が投げかけたこの問いに対して、日本の民法学者は解答を求められている。私自身も後世に向けて、多少のことを書き残したいと思っている。

Covid-19와 민법: 일본의 경우

오오무라 아츠시 (大村敦志)

도쿄대학 명예교수

가쿠슈인대학 교수

2020년 3월 2일, 나는 도쿄를 떠나 파리에 도착했다. 당시 일기에는 “파리는 평온한 느낌. 공항 검역은 전혀 작동하지 않고 마스크를 쓴 사람도 없다”고 적혀 있다. 그로부터 열흘 뒤인 3월 12일에는 대통령 성명이 나오면서 급격히 긴박감이 고조되었다. 다음 날인 13일 마지막 강의를 마친 나는 예정을 앞당겨 다음 주 초인 16일 항공편으로 급히 파리를 떠났다. 이후 3년 넘게 나는 파리에 가지 않았다. 르브뇌르 교수 일가의 일본, 한국 방문도 본래는 2020년 가을로 예정되어 있었지만 연기되어, 이번에 드디어 실현되게 되었다.

코비드-19로 인한 사망자 수는 존스홉킨스대 데이터에 따르면 일본에서 7만3000명, 한국에서는 3만4000명으로 인구 대비 사망률은 비슷한 비율이 될 것이다. 하지만 코비드-19에 대한 대응은 일본과 한국이 많이 달랐던 것 같다. 예를 들어 PCR 검사의 신속성 등을 보면, 일본의 느림·한국의 빠름은 커다란 대조를 이루고 있었다. 구미에 대해 ‘동아시아’는 일률적으로 파악되는 경우가 많지만, 프랑스를 더하여 대비해 보면, 대략적으로 말하면, 한국은 프랑스와 가깝고 일본은 프랑스로부터 멀다는 것이 나의 인상이다.

이하에서, 로랑 르브뇌르 교수의 강연을 근거로 하면서, 2점에 대해 코멘트하고 싶다. 첫째는 코비드-19에 대한 일본 정부나 지자체의 대응 및 국민의 반응에 대해서, 둘째는 코비드-19와 관련된 민사판례와 민사입법에 관한 것이다. 마지막으로 한마디 정리에 해당하는 것도 말한다.

1. 일본은 국가법 차원에서 신종플루 특별조치법에 따라 이 위기에 대응하게 되었다. 이 법 하에서는 긴급사태선언(법 32조)이 발령되면, 기본

적으로는 지자체가 필요한 조치를 취하기로 예정되어 있었다. 또한 이 제도 하에서 국민에게 요구할 수 있는 것은 ‘생활의 유지에 필요한 경우를 제외하고는 함부로 해당자의 거택 또는 이에 상당하는 장소로부터 외출하지 말 것 기타 신종 인플루엔자 등의 감염 방지에 필요한 협력을 요청할 것’ (법 45조 1항)으로 한정되어 있었다.

보다 적극적으로 대응할 수 있는 것은 ‘학교, 사회복지시설, 흥행장 및 그 밖의 정령으로 정하는 다수의 자가 이용하는 시설’에 대해서이며, ‘당해 시설의 사용 제한이나 정지 또는 행사 개최 제한이나 정지 기타 정령으로 정하는 조치를 강구하도록 요청하는 것’(법 45조 2항)이 가능하다고 되어 있었다. ‘요청’ 이상의 것으로는 시설관리자 등이 정당한 이유가 없음에도 전항의 규정에 따른 요청에 응하지 않을 때에는 ‘특별히 필요하다고 인정되는 때에 한하여’ 당해 시설관리자 등에게 조치명령을 내릴 수 있다(법 45조 3항)고 되어 있었다. 그리고 벌칙으로서는 명령 위반의 경우에 30만엔 이하의 과태료를 부과할 수 있을 뿐이었다(법 79조).

이처럼 긴급사태선언이 발령되었더라도 정부가 할 수 있는 일은 거의 없었고 지자체의 권한도 제약되어 있었다. 또한 선언은 반드시 제때 나오지는 않았기 때문에 도쿄도 등 지자체가 저마다 독자적인 선언을 발령하였다. 더구나 선언의 발령, 정지의 기준을 자주 자의적으로 변경하였다. 다만 이들 독자적인 선언은 제재를 수반하지 않았고 법적 근거도 없었다.

그럼에도 불구하고 일본인들은 정부나 지자체의 ‘요청’에 잘 응답하였다. 그렇다고 하기 보다는 ‘요청’이 만들어내는 사회적 분위기에 반하는 행동을 자숙하고, 자숙하지 않는 사람들에 대해서는 유무형의 비난이 이뤄지는 형태로 ‘자숙’이 강요되었다. 올림픽이 예정되어 있던 2020년 일본은, 어떤 의미에서는 마찬가지로 올림픽이 예정되어 있던 1940년과 다시 찾아온 듯한 양상을 보였다. 즉 국내의 동조 압력의 강도에는 1940년 ‘대정익찬회’ 설립이나 같은 해 전후의 ‘비국민’이라는 딱지의 만연을 연상시키는 면이 있었다.

다만 1940년과는 다른 점도 있었다. 이러한 사회의 움직임에 대해서는 날카로운 비판도 제기되었던 것이다. 그것을 상징하는 것이 ‘자숙 경찰’이라는 말이었다. 자숙 요청에 응하지 않는 사람들을 인터넷에서 비판

하는 사람들에게 주어진 이 호칭은, 확실히 상당한 정도 억지력 내지 해독작용을 가졌다.

이상과 같은 일본의 대응 특색은 Covid-19 관련 민사판례·민사입법에도 영향을 미치고 있다.

2. 프랑스의 경우와 달리 Covid-19 관련 최상급심 판결은 아직 존재하지 않는다. 판례 데이터베이스에서 2020년 1월 이후 민사재판례에서 요지에 '코로나' 내지 '코로나 바이러스'를 포함한 것을 검색하면 49건이 뜬다. 전형적인 사건 유형으로는 ①차임 미지급으로 인한 임대차 해제에 관한 사건 ②정리해고, 해고권 남용에 관한 사건이 있다. 그리고 ③결혼식 관련 사건, ④인터넷 상 비방 중상 사건이 눈에 띈다. 또한 순수 민사 사건은 아니지만 ⑤지원금에 관한 사건, ⑥영업단축처분에 관한 사건도 흥미롭다. 그 밖에 진료 거절이나 대학 수업 온라인화에 관한 사건도 있다.

①의 차임 미지급에 관해서는 Covid-19에 의한 임차인의 수익감소 주장은 거의 기각되었다(개중에는 단순한 구실에 불과한 사건도 포함되어 있다). ②해고에 관해서는, Covid-19와 관련된 사용자측의 사정(수익감소)·노동자측의 사정(감염을 우려한 결근)등을 고려한 것이 많지만, 고려하지 않는 것도 혼재하고 있다. 이처럼 판단은 유형에 따라 또 유형 내에서도 편차를 보이고 있는데, 특히 ③ 결혼식에 관해서는, Covid-19가 만연해도 결혼식을 할 수 있다는 것과 사회적으로 허용되지 않는다는 것이 정면으로 대립하고 있다.

다른 한편, ④인터넷상에서의 비방 증상에 관해서는, 대부분의 사건에서 손해배상 청구가 인정되고 있다. 법원의 자숙 경찰을 대하는 태도는 굽지 않다. 또한 ⑤의 지원금 청구권을 압류금지채권으로 하는 점에 있어서도 재판소의 태도는 일관되고 있다.

정부·지자체는 국민·주민의 협력을 얻어내기 위해 각종 급부금(혹은 현물급부로 악명 높은 아베노 마스크 - 아베 전 총리가 국민 1인당 2매씩 마스크 배포를 결정했지만 조악한 마스크가 늦게 배포되거나 배포되지 않았다)을 뿌리는 한편, 특별조치법의 '유연한' 해석·운용을 실시했는데, 그 자의성이 문제가 된 것이 ⑥ 영업단축처분에 관한 사건이다. 법

원은 결론적으로는 도쿄도의 책임을 인정하지 않았지만 해당 처분은 '특별히 필요하다고 인정된다'는 요건을 충족하지 못해 위법하다고 판단하고 있다.

그렇다면 이런 불안정한 상황을 해소하기 위해 프랑스처럼 입법이 이루어졌느냐 하면 아직까지 아무것도 이루어지지 않고 있다. 이러한 점에서 '재해 구분소유건물의 재건축 등에 관한 특별조치법' 및 '이재도시 차지차가 임시처리법'의 재검토가 이루어진 동일본대지진의 경우와는 다르다. 그 이유에 대해서는 정밀조사를 필요로 하지만, 계약 관계에는 개입하지 않고 각종 보조금에 의해서 손해를 전보하면 된다는 것일지도 모른다.

나는 2020년까지 수년에 걸쳐 프랑스에서 일본법을 가르칠 기회를 얻었다. 강의 중에서는 비교 법학자 노다 요시유키가 1960년대에 제시한 '일본인은 법을 좋아하지 않는다. Les Japonais n'aiment pas le droit'라는 명제는 '상투적 문구 cliché'라고 되어 있는데, 이 명제의 당부에 대해서는 제대로 검토할 필요가 있다고 말해 왔다. 그러나 Covid-19에 대한 일본의 대응을 지켜보면, 진짜로는 어떨까 자문하지 않을 수 없다.

근대법 계수 이후 150년이 지나도 일본은 '법치국가 Etat de droit'라고 말할 수 없다고 느끼지만, 정치·자치단체의 자의적인 행정이나 주민들의 과도한 동조 행동에 대해 의구심을 갖고 이를 비판하거나 소송에 호소하는 사람들이 (적어도 도시지역에는) 존재한다는 것에 다소 안심한다(다만, 소개하지 않은 사건 중에는 트집을 잡는 소송도 포함되어 있다).

아마 일본에서 지향되어야 할 것은 다음과 같은 방향일 것이다. 적은 수의 법률을 유연하게 운용하면서 동시에 그 자의성을 컨트롤한다. 그리고 전통적인 공동체 감각이 없는 외지 사람들에게도 이해 가능한 규율을 형성한다. 하지만 그런 일이 가능할까. Covid-19가 던진 이 물음에 대해 일본 민법학자들은 해답을 요구받고 있다. 나 자신도 후세를 향해 약간의 글을 남기고 싶다.

번역 : 권 철 교수(성균관대학교)