



Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

DROIT DES AFFAIRES (UFR 05)

L'EXÉCUTION FORCÉE

Mémoire

Remis en juin 2013

Par

Nicolas BRUNET

En vue de l'obtention du

Master 2^{ème} année, Personne et Droit

(année universitaire 2012-2013)

sous la direction de

Monsieur Grégoire LOISEAU

Mes plus vifs et sincères remerciements vont à Monsieur le Professeur Grégoire LOISEAU. M'accordant sa confiance pour connaître de ce sujet et acceptant de diriger mes recherches, j'espère rendre une étude à la hauteur de ses attentes. Elle est en tout cas l'expression de son enseignement, tel que je l'ai vécu : le droit vit, il nous appartient de le saisir.

Egalement Madame le Professeur Ruth SEFTON-GREEN qui, par ses cours, a largement contribué à m'ouvrir au droit d'Outre-Manche.

Enfin, je remercie Monsieur le Professeur Laurent NEYRET qui, au cours de ma seconde année de Licence, a su me donner le goût de la recherche.

A ma relectrice et mes relecteurs, en particulier ceux dont le droit n'est pas la matière.

SOMMAIRE

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	4
INTRODUCTION.....	6
TITRE I^{ER} : L'EXECUTION FORCEE EN NATURE : UNE SANCTION AUX CONTOURS TROUBLES.....	11
SECTION I ^{ERE} : L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL	11
I – <i>L'exécution forcée : sanction de principe de l'inexécution contractuelle.....</i>	<i>11</i>
II – <i>Le régime applicable à l'exécution forcée.....</i>	<i>18</i>
SECTION II ^{NDE} : LA MULTIPLICATION DES REGIMES DEROGATOIRES : UNE REMISE EN CAUSE DU PARADIGME DE L'EXECUTION FORCEE EN NATURE.....	28
I – <i>La promesse unilatérale de vente symptomatique d'un malaise.....</i>	<i>28</i>
II – <i>Les autres régimes dérogatoires à l'exécution forcée en nature.....</i>	<i>39</i>
TITRE IIND : APPEL AU RENOUVELLEMENT DU MECANISME DE L'EXECUTION FORCEE EN NATURE.....	46
SECTION I ^{ERE} : ANALYSE FONCTIONNELLE DE L'EXECUTION FORCEE.....	46
I – <i>Droit comparé : la solution du droit anglais</i>	<i>46</i>
II – <i>La parole donnée : critère de lecture du droit français.....</i>	<i>53</i>
SECTION II ^{NDE} : ESSAI DE REAFFIRMATION DE L'EXECUTION FORCEE EN NATURE	60
I – <i>La relecture de l'article 1142 du code civil quant aux obligations non pécuniaires.....</i>	<i>60</i>
II – <i>L'exécution forcée en nature de lege feranda.....</i>	<i>65</i>
BIBLIOGRAPHIE	75
INDEX THEMATIQUE	81
TABLE DES MATIERES.....	83

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

AC	Law Reports, Appeal Cases
Al.	Alinéa
A.P.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Chro. Préc.</i>	Chronique précitée
Civ.1 ^{ère}	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Civ.2 ^{ème}	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Civ.3 ^{ème}	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
D.	Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dir.	Dirigé par
Ed.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HL	House of Lords
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>

<i>in</i>	Dans (tel ou tel ouvrage)
J.C.P.	La semaine juridique
J.C.P. G	La semaine juridique, édition générale
L.G.D.J.	Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
L.R.	Law Reports
Obs.	Observation
<i>Op. préc.</i>	Opus précédemment cité
P.U.F.	Presse universitaire de France
Rêq.	Chambre des Requêtes de la Cour de cassation
RDC	Revue de Droit des Contrats
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil, DALLOZ
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial, DALLOZ
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen, DALLOZ
S.	Chambre sociale
Soc.	Recueil SIREY
TGI	Tribunal de Grande Instance
v	<i>Versus</i>
V	Voir

INTRODUCTION

1. « *Le droit est une science profondément humaine et (...) notre droit des obligations repose sur des principes qui sont dépourvus parfois de rationalité, économique notamment ; il est fondé sur des principes qui sont dotés d'une charge symbolique, morale, spirituelle* »¹. Quoi de plus naturel alors de chercher à retrouver une telle promesse de morale dans le droit des contrats. Pour ce faire, l'illustration la plus parfaite est sans nul doute celle de l'exécution forcée : débiteur et créancier sont les comédiens d'une même pièce qui, avant son levé de rideau, promet l'enthousiasme et la sincérité mais se retrouvent happés par l'intrigue qui fera trembler les fondations les plus solides de la promesse.

2. La promesse consiste en la satisfaction des attentes de chacune des parties au contrat, satisfaction qui sera atteinte par l'exécution spontanée des obligations prévues au contrat. Mais alors que le contrat est la loi des parties², le serment³ voire un devoir⁴, il n'est pas inviolable. La liberté d'agir de chacun des cocontractants peut amener l'un d'eux à rompre avec ses obligations. C'est alors que le droit de la responsabilité contractuelle trouve application, dans un souci, *a priori*, d'effectivité du contrat.

3. Satisfaction du créancier d'une obligation, effectivité du contrat, ces notions sous-tendent que le droit de créance puisse néanmoins survivre à l'inexécution contractuelle. Alors intervient l'exécution forcée. Car rien ne saurait être plus satisfaisant pour le créancier que d'obtenir ce qu'il était convenu.

4. Avant de poursuivre, il convient de rapporter un débat doctrinal qui agite la sphère de la responsabilité contractuelle pour en tirer toutes conséquences utiles. Des auteurs

¹ « *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?* », Denis MAZEAUD, chronique de Denis MAZEAUD et Yves-Marie LAITHIER, RDC, 1^{er} avril 2012, n°2, p : 681

² Article 1134 du Code civil.

³ « *Prêter serment, c'est mettre son âme en péril. Ne faites jamais un serment à moins d'être capables de mourir plutôt que de vous parjurer* », Ken FOLLET, *Les piliers de la terre*.

⁴ « (...) *que faites-vous là ? – Mon devoir, répliqua le jeune homme ; je remplis mes promesses qui sont sacrées* », VOLTAIRE, *L'ingénu*, chapitre 6^{ème}.

ont pu nier le concept de faute contractuelle, ce qui induit celui de responsabilité contractuelle⁵. Pour les auteurs abondant dans le sens de ce courant doctrinal, il n'existe pas de responsabilité contractuelle puisque la responsabilité appelle réparation d'un dommage. Or, que ce soit l'exécution en nature ou l'exécution par équivalent, il ne s'agit que du prolongement de l'obligation inexécutée. Partant, le pouvoir souverain du juge quant au mode de « réparation » de l'inexécution contractuelle disparaît, ce qui revient à nier la responsabilité contractuelle. Il serait, en effet, lié par la demande du créancier.

5. *A contrario*, nombre d'auteurs sont favorables à la persistance de la distinction entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Notamment, les frères MAZEAUD et Philippe BRUN⁶ avancent-ils, dans leurs écrits, une thèse intermédiaire de celles moniste et dualiste : l'exécution forcée en nature serait un effet du contrat, l'exécution par équivalent ou la réparation d'une obligation nouvelle, d'où l'intérêt de préserver l'existence du régime dual de responsabilité civile.

6. Il serait inutile d'entrer plus avant dans le débat, car tel n'est pas l'objet de ce mémoire. Mais il convient tout de même de prendre parti. Car le débat doctrinal impacte nécessairement sur les développements ci-après selon la thèse retenue. Si la thèse moniste est retenue, il ne pourrait être fait mention de dommage et de préjudice du créancier lésé par l'inexécution ; à l'inverse, si la thèse dualiste est retenue, alors il peut non seulement être fait mention de ces vocables mais également être fait appel au concept de réparation en nature. Dans ces conditions, la thèse intermédiaire sera retenue comme postulat au traitement de l'objet de ce mémoire⁷.

7. Ainsi qu'il vient d'être évoqué, l'exécution forcée peut s'entendre de celle en nature (à savoir forcer l'exécution de l'obligation contractuelle inexécutée) ou de celle par équivalent (à savoir l'allocation de dommages-intérêts compensant les préjudices subis

⁵ En premier lieu, « *Traité sur la responsabilité civile* », Ph. Le Tourneau, DALLOZ, 1972 ; encore « *Pourquoi parler de faute contractuelle ?* », D.TALLON, *Mélanges G.CORNU*, PUF, 1994, page : 429 ; « *Critique du système français de responsabilité civile* », Ph. RÉMY, *Droit et cultures*, 1996/31, page : 31 ; « *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept* », Ph. RÉMY, *RTD civ.*, 1997, page : 323.

⁶ Voir notamment les termes du débat, rapportés par G.VINEY, « *la responsabilité contractuelle en question* », in *Mélanges J.GHESTIN*, L.G.D.J., 2001, page : 920.

⁷ Au demeurant est-ce rejoindre la doctrine majoritaire sur ce point.

par le créancier du fait de l'inexécution de l'obligation). Distinctes en leurs définitions, c'est en tentant de les rapprocher que les difficultés sont légions. Leur articulation ne se lasse pas d'être source de conflits, ce qui illustre d'autant plus l'intérêt de la question de l'exécution forcée.

8. À l'image de l'article 1142 du Code civil, relatif aux obligations de faire ou de ne pas faire, qui dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », la sanction de l'inexécution de son obligation par le débiteur est prise dans l'étau formé par l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Quelle sanction adopter face à un tel comportement ? Si la question est aisée, la réponse n'en est pas moins difficile. Car, comme l'évoquait très justement PORTALIS, « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais* »⁸.

9. Les débats agitant l'exécution forcée et les difficultés intrinsèques qui sont liées à ce mécanisme fondent tout l'intérêt de l'étude suivante. Un parti pris assumé se révèle au sein du mémoire mais doit, dès à présent, être brièvement exposé. Si le conflit oppose exécution forcée en nature et exécution par équivalent, il faut croire que seule la première mérite la dénomination d'exécution forcée. Car la seconde s'apparente à la réparation en nature, dont l'objet de l'exécution n'est plus exactement celui de l'obligation inexécutée⁹. La question n'est pas aussi évidemment résoluble et le parti pris peut souffrir de nombreuses critiques. Néanmoins il semble se justifier en regard des influences que connaît l'exécution forcée.

10. C'est justement au carrefour de ces influences que se retrouve le point d'achoppement. Le droit français, héritier du droit romain, s'est voulu le fer de lance de la prohibition de la contrainte physique sur le débiteur. Reprise teintée de l'adage « *nemo praecise potest cogi ad factum* », l'article 1142 du Code civil semble, *a priori*, imposer le critère dans le choix de la sanction de l'inexécution contractuelle : obligation

⁸ « *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement* » in « *Code civil* », PORTALIS, FENET, tome I, 1968, page : 49.

⁹ Voir, sur cette question, *infrás* n°33 et suivants.

de donner se résout en nature, obligation de faire ou de ne pas faire se résout en équivalent. Le choix n'existe, *a priori*, plus.

11. « *Disposition mal comprise et mal utilisée* »¹⁰, l'article 1142 du Code civil présente l'intérêt d'un débat encore vif, car « *personne n'ignore que la formule de l'article 1142 est trop absolue* »¹¹.

12. C'est pourquoi il convient d'appréhender les termes renouvelés du débat, entre classicisme et contraintes modernes. L'existence même de conflits dans la politique juridique du droit français ne fait que renforcer la volonté de présenter une nouvelle grille de lecture de l'exécution forcée en droit français.

13. Dès lors, il convient de s'interroger sur le point de savoir si l'exécution forcée ne devrait, ne mériterait pas de trouver un second souffle ?

14. « *Lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages et intérêts, faute d'avoir satisfait à son obligation. C'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose ; car Nemo potest praecise cogi ad factum* »¹². La solution, présentée à l'article 1142 du Code civil, n'est cependant pas aussi absolue qu'elle y paraît (Titre I). C'est pourquoi, loin de se limiter à un simple exposé des remous agitant l'exécution forcée, il faut en espérer le renouvellement (Titre II).

¹⁰ « *Rapport de droit français sur les « remèdes »* », in « *le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise* », D.TALLON, sous la direction de D.TALLON et D.HARRIS, PARIS, L.G.D.J., 1987, page : 298.

¹¹ « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », J.VINCENT, Précis DALLOZ, 12^{ème} édition, PARIS, 1976, page :16.

¹² « *Traité des obligations et Traité du contrat de vente* », R.J.-POTHIER, tome 1, 1830, page : 41.

« Il n'existe pas de « bonne » interprétation du contenu de l'article 1134 ou de l'article 1142 du code civil, mais différents arguments, de droit, d'équité, de morale, etc., entre lesquels il appartient au juge souverain de trancher pour réaliser le droit, un droit en perpétuel mouvement »¹³.

¹³ « *L'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente* », D.MAINGUY, Recueil Dalloz, 2011, pages : 1460 et suivantes.

TITRE I^{ER} : L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE : UNE SANCTION AUX CONTOURS TROUBLÉS

15. « *La partition est une chose, le chant en est une autre. Ce qu'il faut, c'est avoir la musique en tête et la chanter avec le corps* »¹⁴. L'exécution forcée en nature se prête facilement à l'analogie musicale en ce que la partition donne corps aux mouvements (Section 1^{ère}), mais ne saurait se substituer à l'interprétation du musicien, interprétation dérogeant par trop souvent à la rigueur de l'écriture (Section 2^{ème}).

SECTION I^{ÈRE} : L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL

16. Le point d'achoppement de l'exécution forcée en nature est sans nul doute l'interprétation de l'article 1142 du Code civil. Si celui-ci paraît prévoir que l'exécution forcée est la sanction de principe de l'inexécution contractuelle (I), sa complexité appelle l'étude de son régime (II).

I - L'EXÉCUTION FORCÉE : SANCTION DE PRINCIPE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

17. L'exécution forcée ne peut être étudiée sans appréhender ce qu'elle recouvre. Ainsi, il convient de déterminer au préalable ce qui peut être sanctionné. Il s'agit là d'une question qui mériterait un traitement séparé. C'est pourquoi, l'objet du présent paragraphe n'est pas tant de dresser une liste exhaustive que de faire une présentation de la conception française de l'objet de l'exécution forcée. Par là-même, il s'agit de répondre à la question: « toutes les obligations peuvent-elles donner lieu à une condamnation ? »¹⁵ (A). Dès lors, il est logique d'opérer la distinction entre exécution forcée et réparation en nature, la nature de la sanction de l'inexécution contractuelle se trouvant être radicalement différente selon qu'est envisagé l'une ou l'autre (B).

¹⁴ Luciano PAVAROTTI, interview, Le Figaro, 22 juillet 1997.

¹⁵ « *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* », Etudes de droit comparé, sous la Direction de Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY, LGDJ, 2001, Chapitre V, « *exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français* », Geneviève VINEY, page : 171.

A. LES OBLIGATIONS SANCTIONNABLES

1. La thèse doctrinale

18. La controverse doctrinale, voire « les controverses doctrinales »¹⁶, se cristallise autour de l'interprétation qui est donnée de l'article 1142 du Code civil. Pour rappel, celui-ci dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

19. La question qui se pose est de savoir si le juge peut ordonner l'exécution forcée de toute obligation quelle qu'elle soit ? A cette question, il doit, *a priori*, être répondu par la négative. En effet, une lecture exégétique de l'article 1142 du Code civil impose de considérer que seule l'inexécution d'obligations de faire ou de ne pas faire peut faire l'objet d'une exécution forcée. Cette approche est d'autant plus confortée par la simple analyse du plan du Code civil. L'article 1142 de ce Code est inséré dans une Section III intitulée « *de l'obligation de faire ou de ne pas faire* », tandis que la Section II la précédant s'intitule « *de l'obligation de donner* »¹⁷. D'une distinction conceptuelle, la codification fait ressortir deux régimes *a priori* distincts pour les obligations de faire ou de ne pas faire d'une part, et l'obligation de donner d'autre part.

20. Cependant, la question s'est posée et se pose encore de l'interprétation de cet article.

21. « *Il se peut que la lettre, quoique claire, n'exprime pas la vraie pensée du législateur. Si cela est prouvé, certes l'esprit devra être préféré au texte. Mais il faut que cela soit prouvé, car certainement il n'est pas probable que le législateur, tout en parlant clairement, dise le contraire de ce qu'il a voulu dire* »¹⁸. L'exégèse, soit l'analyse du texte, n'est, pas toujours,

¹⁶ G.VINEY, *op. préc.*, page : 172.

¹⁷ « *Sur l'inexécution du contrat, le plan du Code de 1804 est très défectueux* », Philippe RÉMY in « *Pour une réforme du droit des contrats* », sous la Direction de François TERRÉ, DALLOZ, 2009, pages : 253 à 260.

¹⁸ « *Principes de droit civil* », F.LAURENT, tome 1, Bruxelles, Paris, 1869, pages : 346-347, n°273).

seule satisfaisante. Au demeurant, la libre recherche scientifique doit s'exercer pour découvrir le sens du texte¹⁹.

22. En réalité, comme le soulignent à mots couverts certains auteurs, la distinction opérée par le Code civil entre obligations de faire ou de ne pas faire et obligation de donner n'est pas si absolue dans la pratique pratiquement.

23. En effet, selon l'opinion dominante, l'obligation de donner ne trouve application que dès lors qu'il s'agit de transférer la propriété ou autre droit réel. Or, comme le note très justement Geneviève VINEY²⁰ : « (l'obligation de donner) a été elle-même réduite pratiquement à rien par l'admission du transfert automatique de la propriété par le seul accord des volontés » ; la simple validité des consentements suffisant, sans qu'il n'y ait un délai de latence depuis l'échange des consentements jusqu'à la *traditio*. Si la plume ne permet pas d'éluder cette question avec autant de tranchant, l'esprit des Rédacteurs du Code civil semble abonder dans ce sens²¹.

24. Cette thèse a notamment été soutenue par Madame Le Professeur Muriel FABRE-MAGNAN qui a pu dénoncer le « *mythe de l'obligation de donner* »²². M.FABRE-MAGNAN dévoile ainsi une obligation de donner qui n'existerait pas, au sens sémantique du terme, en ce que donner est faire quelque chose, l'obligation de *facere* couvrant ainsi l'obligation de donner. En outre, au travers de l'exemple de la clause de réserve de propriété (dont il n'est pas question de discuter de la nature), elle démontre que l'obligation de donner est inutile. En effet, dès lors qu'un contrat de vente est assorti d'une clause de réserve de propriété, le bien objet du contrat est acquis à l'acheteur qui en aura payé la totalité du prix. Or, que soit considéré une obligation de donner ou un

¹⁹ Entre autres travaux : « *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique* », 1899, préface de Raymond SALEILLES.

²⁰ G.VINEY, *op. préc.*, page : 172.

²¹ « *L'engagement est consommé dès que la foi est donnée ; il serait absurde que l'on fût autorisé à éluder ses obligations en ne les exécutant pas* » (à propos de l'article 1583 du Code civil relatif à la perfection de la vente). PORTALIS, « *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement* », rapporté par FENET, in *Code civil*, tome 1, Osnabrück, Otto ZELLER, 1968.

²² « *Le mythe de l'obligation de donner* », Muriel FABRE-MAGNAN, RTD civ., 1996, page : 85. *A contrario*, voir « *L'obligation de transférer la propriété dans la vente* », P.BLOCH, RTD civ., 1988, pages : 673 et suivantes.

effet légal du contrat de vente²³, la difficulté tenant à la qualification du délai n'est pas résolue, à savoir est-ce une condition ou un terme.

25. Toutefois, cette thèse ne trouvant pour l'instant écho qu'en droit prospectif, l'obligation de donner conserve son entière autonomie. Mais il faut constater que la thèse dominante s'emploie à considérer que l'article 1142 du Code civil intéresse l'ensemble des obligations de faire, ne pas faire ou donner, indifféremment de la lettre du texte.

26. Pour s'en convaincre, les mots de Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD se suffisent à eux-mêmes. En réponse à un conseiller référendaire qui distinguait selon les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, il écrivit : « *Objection votre honneur ! Aujourd'hui, et depuis des lustres d'ailleurs, il est acquis que l'article 1142 du Code civil est désactivé et que le principe de l'exécution forcée en nature s'applique à toutes les obligations contractuelles inexécutées, qu'elles soient de donner, de faire ou de ne pas faire* »²⁴.

27. Il est d'ailleurs à noter que le pendant de l'exécution forcée civiliste que sont les voies d'exécution procéduralistes, ne connaissent pas la distinction du Code civil. Ainsi, la loi du 13 juillet 1992 portant réforme des procédures civiles d'exécution, prise en son article 1^{er}, s'énonçait ainsi : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* »²⁵.

2. Les solutions prétoriennes

28. Les juridictions judiciaires ont majoritairement adopté la thèse selon laquelle toutes les obligations peuvent faire l'objet de l'exécution forcée, qu'elles soient de donner, de

²³ L'auteur s'accordant sur cette seconde hypothèse.

²⁴ « *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution en nature ?* », Yves-Marie LAITHIER, Denis MAZEAUD, RDC, Lextenso, 1^{er} avril 2012, n°2, pages : 681 et suivantes.

²⁵ Loi n°91-650 du 9 juillet 1991, article 1^{er}, alinéa 1^{er}; abrogée par l'ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 et codifiant ledit article à l'article L.111-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

faire ou de ne pas faire. Ainsi, l'obligation de livrer la chose vendue²⁶, celle de prendre livraison de cette chose²⁷ ; la délivrance de la chose louée par le bailleur au preneur²⁸, l'obligation de respecter une clause de non-concurrence²⁹, celle de restituer la chose en fin de prêt ou de bail³⁰, ...

29. Toutefois, il serait inexact de clamer que les tribunaux considèrent que toutes les obligations puissent faire l'objet d'une condamnation à exécuter en nature³¹.

30. En réalité, certains droits, de par leurs spécificités, appellent à des solutions divergentes du principe qui consisterait à ordonner l'exécution forcée en nature en cas d'inexécution contractuelle.

31. Mais, si ces solutions doivent être envisagées, elles ne peuvent être comprises qu'à travers l'étude de la distinction entre exécution forcée en nature et réparation en nature (ou exécution par équivalent). A regarder la seconde partie de l'article 1142 du Code civil, les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent « *en dommages et intérêts* ». L'étude séparée des catégories d'obligations n'est alors plus satisfaisante et il convient de déterminer ce qu'est l'exécution forcée en nature pour comprendre la source du conflit d'interprétation de l'article 1142 du Code civil.

B. LA NATURE DE L'EXÉCUTION FORCÉE

32. La rédaction de l'article 1142 du Code civil est ainsi faite qu'elle semble supposer, *a priori*, que la sanction de principe de l'inexécution contractuelle est la condamnation au paiement de dommages-intérêts, excluant donc, par hypothèse, la condamnation à l'exécution forcée en nature.

33. Le point d'achoppement apparaît alors. Dès lors qu'un contrat est signé, il est évident que le créancier d'une obligation s'attend à ce que celle-ci soit exécutée, telle que

²⁶ Cass., Rêq., 4 août 1947, *Gazette du Palais*, 1947, n°2, Sommaire 30.

²⁷ Cass., Com., 16 juin 1963, Bull. civ., III, n°316.

²⁸ Cass., Com., 23 mai 1964, Bull. civ., III, n°260.

²⁹ Cass., Com., 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n°286, page : 244.

³⁰ Cass., Civ.1^{ère}, 20 juin 1953, J.C.P., 1953, II, 7677.

³¹ G.VINEY, *op. préc.*, p :176.

prévue par le contrat. Or, en cas d'inexécution, ne serait-il pas juste de dire qu'un créancier qui espérait légitimement l'exécution de l'obligation-objet du contrat serait lésé par une réparation par équivalent, c'est à dire l'allocation de dommages-intérêts, ou une réparation en nature ? Cela apparaîtrait comme une atteinte portée au principe légal de la force obligatoire des contrats³². Ce serait conférer une alternative au débiteur, alternative non prévue au contrat, qui pourrait choisir discrétionnairement de ne pas exécuter l'obligation à laquelle il est tenu, à charge pour lui de « compenser » le dommage subi par le créancier, en versant des dommages-intérêts. *A contrario*, il peut être soutenu que nul ne saurait exercer une contrainte contre son débiteur³³.

34. Premièrement, plusieurs dispositions légales semblent devoir mettre à mal l'interprétation traditionnelle des commentateurs qui optaient pour une réduction du domaine d'application de l'article 1142 du Code civil³⁴.

35. Ainsi, l'article 1184, alinéa 2 du Code civil, dispose que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ». Le créancier dispose bien d'une option quant à la sanction de l'inexécution de la convention. Il faut remarquer que nulle distinction n'est effectuée entre les catégories d'obligations ; l'article précité trouvant application pour toute obligation qu'elle quelle fût.

36. L'article 1144 du Code civil illustre davantage ces aspects là. Interprété par le seul prisme du résultat obtenu, il peut être argumenté qu'il s'agit d'une exécution forcée en nature (malgré qu'il s'agisse de réparation en nature). En effet, ledit article dispose que « *le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ». Si le débiteur de l'obligation ne se verra ordonner qu'une exécution par équivalent, l'obligation initialement prévue au contrat sera

³² Trouvant sa source à l'article 1134 du Code civil.

³³ Sur la conception historique de l'exécution forcée en nature, voir *infra* n° 165 et suivants.

³⁴ Sur cette question, voir notamment « *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification* », P.GROSSER, thèse, Paris I, 2000.

exécutée. Dans ce cas, le créancier de l'obligation se subrogera dans l'exécution de l'obligation, au débiteur, à charge pour ce dernier de connaître les conséquences de son inexécution.

37. Il est également possible de prendre l'exemple de l'article 1228 du Code civil, relatif à la clause pénale, qui dispose que « *le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* ».

38. « *Le Code civil a donc toujours fait une place à l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles* »³⁵.

39. Ainsi, si la lettre de l'article 1142 du Code civil incite à ne lui conférer qu'un champ d'application relativement restreint, les frontières entre exécution forcée en nature et exécution par équivalent n'apparaissent pas si clairement que la rédaction de l'article 1142 ne permettait de le croire.

40. C'est pourquoi, la doctrine traditionnelle s'est employée à interpréter l'article 1142 du Code civil.

41. Il est classiquement dressé, face à l'exécution forcée en nature, le principe de respect de la liberté individuelle du débiteur. Pour se faire, est avancé l'adage latin « *Nemo praecise cogi ad factum* »³⁶. Ainsi la distinction entre obligations de faire ou de ne pas faire et obligation de donner prenait tout son sens. Ordonner l'exécution forcée en nature d'une obligation de donner ne pose pas, *a priori*, de difficulté. *A contrario*, l'exécution forcée en nature pose le problème de la restriction de la liberté individuelle du débiteur (par exemple, la liberté du travail³⁷), d'où la nécessité d'une réparation par équivalent.

³⁵ « *Les effets de la responsabilité* », Patrice JOURDAIN, Geneviève VINEY, L.G.D.J., 3^{ème} édition, juillet 2011, page : 50.

³⁶ « *Personne ne peut être contraint à accomplir un fait, parce que cela ne peut se réaliser sans violence ni pression et, pour cette raison, le paiement de la valeur de ce qui est dû remplace l'obligation de faire* », Antoine FAVRE, cité par P.PUIG, « *Les techniques de préservation de l'exécution en nature*, RDC, 2005, page : 85.

³⁷ P.JOURDAIN, G. VINEY, *op. préc.*

42. Un autre argument, historique, viendrait consolider la limitation du domaine de l'article 1142 du Code civil. Le juge civil moderne ne dispose pas de l'« *imperium* » dont disposait le magistrat romain³⁸. Là encore, l'argument semble devoir être timoré, comme érodé par le temps, puisque le juge civil a notamment le pouvoir de prononcer une astreinte, permettant ainsi au créancier d'exiger l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle³⁹⁻⁴⁰.

43. En conséquence de ces constatations, la doctrine traditionnelle s'est attachée à limiter le domaine de l'article 1142 du Code civil à de simples exceptions casuistiques (où l'exécution forcée en nature ne serait naturellement pas envisageable)⁴¹. L'exécution forcée en nature apparaît alors en principe, l'exécution par équivalent n'étant qu'un corollaire nécessaire dont l'application n'est limitée qu'à un nombre restreint d'hypothèses. L'article 1142 du Code civil est « *un principe vidé de presque toute substance* »⁴².

44. Logiquement, si l'étude de la nature de l'exécution forcée permet de cerner l'objet du présent mémoire, l'étude de son régime renseigne indubitablement quant aux effets attachés à l'article 1142 du Code civil.

II – LE RÉGIME APPLICABLE À L'EXÉCUTION FORCÉE

45. L'étude du régime applicable à l'exécution forcée semble recouvrir deux questions qui répondent à une dichotomie classique entre théorie et application, interprétation et outils de mise en application. Ainsi que cela vient d'être évoqué, l'article 1142 du Code civil présente la difficulté d'exprimer un régime limpide quant à savoir ce que recouvrent l'exécution forcée en nature et l'exécution par équivalent. Alors, la première question qui doit être posée est celle de savoir si la condamnation à l'exécution forcée en

³⁸ LAROMBIÈRE, article 1142, n°3 ; ACCOLAS, II, page : 724.

³⁹ « *Regard sur le droit des voies d'exécution* », Ch. HUGNON, RDC 2005, pages : 190 et suivantes

⁴⁰ Voir *infrás* n°69 et suivants relatifs aux voies d'exécution.

⁴¹ « *Traité de la responsabilité civile* », H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, tome III, 1^{er} volume, 6^{ème} édition, n°s 2308 et suivants.

⁴² P.JOURDAIN, G. VINEY, *op. préc.*

nature est de droit ou si le juge a la capacité de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts malgré la demande d'exécution forcée en nature? (A). Naturellement, la mise en œuvre de l'exécution forcée, si elle n'est pas l'objet même de ce mémoire, doit être présentée à travers les différents mécanismes offerts au créancier (B).

A. LA NATURE DE LA CONDAMNATION A EXÉCUTION FORCÉE

1. Le pouvoir du juge de condamner à exécuter en nature

46. « *Les tribunaux n'ont jamais hésité à donner de tels ordres* »⁴³. Si MM MAZEAUD peuvent ainsi affirmer lapidairement que la jurisprudence n'hésite pas à condamner le débiteur *ad ipsam rem*, les commentateurs sont cependant au cœur de controverses doctrinales qu'il convient ici d'exposer.

47. Historiquement, « *pas moins de quatre opinions différentes ont, en effet, cours en doctrine* »⁴⁴.

48. Premièrement, la lecture stricte de l'article 1142 du Code civil paraît nier qu'est en le pouvoir des tribunaux la possibilité de condamner à l'exécution forcée en nature le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Ainsi, « *les tribunaux ne peuvent pas condamner principalement et directement le débiteur à faire ou à ne pas faire ; qu'ils n'ont que le droit de le condamner à des dommages et intérêts à défaut d'exécution* »⁴⁵. C'est en substance ce que retiendront deux auteurs plus tard, précisant que l'adage « *nemo praecise ...* » interdit au juge de prononcer une telle condamnation à exécution forcée en nature, le débiteur ne se trouvant condamné qu'à verser une « *indemnité* » à son créancier⁴⁶.

⁴³ « *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* », H.MAZEAUD, L.MAZEAUD, 2^{ème} édition, tome 3, Paris, Sirey, 1934, pages : 347 et suivantes.

⁴⁴ P.WERY, *op. préc.*

⁴⁵ « *Theorie et pratique des obligations, ou, commentaire des titres III et IV livre du Code civil* », L.LAROMBIÈRE, tome 1, 1862, page : 210, n°3.

⁴⁶ « *Droit civil. Les obligations* », J.FLOUR, J.-L.AUBERT, volume 1, Paris, A.COLIN, 1975, page :31.

49. Un deuxième courant doctrinal prône la même solution. Cependant, celui-ci est fondé sur la notion d'obligation personnelle. L'exemple le plus criant est celui exprimé par le Doyen CARBONNIER : « *les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel sont seules soumises à la règle de l'article 1142 (...). C'est ainsi que l'artiste qui s'est engagé à faire un portrait ne peut être condamné à achever la toile, mais seulement à payer des dommages-intérêts* »⁴⁷.

50. Une troisième opinion consiste à distinguer selon que le débiteur tarde à exécuter son obligation de faire ou de ne pas faire, ou qu'il ne l'exécute pas. La première solution ouvrirait alors la porte à l'exécution forcée en nature, la seconde demeurant hermétique à cette sanction⁴⁸.

51. Enfin, la quatrième opinion doctrinale historique est celle de F.LAURENT qui préconisait de reconnaître aux juges la faculté d'ordonner l'exécution forcée en nature, peu important que le débiteur ait inexécuté une obligation de faire ou de ne pas faire ou une obligation de somme d'argent⁴⁹.

52. Le régime prétorien français, semble abonder dans le sens de la condamnation *in specie*, peu important que les obligations inexécutées fussent de faire, ne pas faire ou de donner une somme d'argent. Ainsi, très tôt, la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation rejetait un pourvoi contre un arrêt d'appel⁵⁰ qui prononçait la fermeture d'un établissement pour non-respect d'une clause de non-concurrence. Le pourvoi se fondait sur une lecture littérale de l'article 1142 du Code civil pour dénoncer l'arrêt d'appel ; les juges du fond auraient dû condamner le débiteur de l'obligation de ne pas faire à l'allocation de dommages-intérêts. La Chambre des Requêtes rejette le pourvoi au motif que si la Cour d'appel « *ordonne la fermeture de l'établissement formé en contravention à l'obligation légalement consentie par l'acte du 31 mai, elle ne donne à cette condamnation d'autre sanction que l'avertissement qu'il serait fait droit sur les conclusions nouvelles*

⁴⁷ « *Droit civil. Les obligations* », J.CARBONNIER, tome 4, 9^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1976.

⁴⁸ Notes 1 et 2 sous Paris, 4 juillet 1865, 1865, III, page : 233 citée par P.WERY, *op. préc.*

⁴⁹ « *Avant-projet de révision du Code civil rédigé sur la demande de M. le Ministre de la Justice* », F.LAURENT, tome 4, BRUXELLES, 1884, page : 138.

⁵⁰ CA, PARIS, 27 avril 1861.

auxquelles le maintien dudit établissement pourra ultérieurement donner lieu »⁵¹. Cette décision, parmi d'autres, apporte une pierre à l'édifice consacrant le pouvoir du juge d'ordonner l'exécution forcée en nature d'une obligation, de quelque nature qu'elle soit.

53. Une réserve quant au pouvoir du juge doit être effectuée. Il s'agit de la notion d'obligation personnelle. En effet, dans une décision célèbre de la Cour de cassation, les juges du droit exposaient que l'article 1142 du Code civil : « *ne peut trouver son application qu'au cas d'inexécution d'une obligation personnelle de faire ou de ne pas faire* »⁵². Le point d'achoppement d'une telle jurisprudence se situe quant à l'identification de telles obligations. La doctrine n'est pas unitaire à ce sujet puisque certains ont pu estimer que ces obligations sont celles « *qui supposent nécessairement un fait personnel du débiteur parce qu'elles ont été contractées intuitu personae* »⁵³ ; pour d'autres auteurs, en revanche, les obligations personnelles sont celles mettant en jeu « *des qualités irréductiblement individuelles du débiteur* », « *strictement personnelles* », ou bien une « *liberté essentielle* »⁵⁴.

54. Pléthore d'exemples peuvent être donnés à titre d'illustration. Cependant, ceux-ci trouvent majoritairement leur origine dans les activités artistiques et intellectuelles⁵⁵. Ainsi, peuvent être cités l'enseignant qui s'est engagé à dispenser un cours⁵⁶, l'artiste peintre à livrer une œuvre⁵⁷ ou encore le comédien à monter sur scène⁵⁸.

⁵¹ Cass., Rêq., 21 février 1862, DALLOZ, 1862, I, page : 185.

⁵² Cass., Civ., 20 janvier 1953, Semaine Juridique, 1953, II, jurisprudence n°7677, observation P.ESMEIN.

⁵³ G.VINEY, Etudes de droit comparé, *op. préc.*, p :182.

⁵⁴ « *Droit civil. Les obligations* », J.CARBONNIER, tome 4, P.U.F., 22^{ème} édition, 2000, n°372 ; « *Propriété littéraire et artistique* », P.-Y.GAUTIER, P.U.F., 6^{ème} édition, 2007, n°233 ; « *Manuel de droit des obligations* », A.SÉRIAUX, P.U.F., 2006, n°62 ; « *Cours de droit civile positif français* », L.JOSSERAND, tome 2, SIREY, 1930, n°593.

⁵⁵ En ce sens, voir le commentaire de A. LEBOS, « *Les obligations de faire à caractère personnel* », La semaine juridique, édition générale, n°47, 19 novembre 2008, I, 210 ; à laquelle nous adhérons dans son analyse restrictive des obligations personnelles.

⁵⁶ TGI, PARIS, 3 octobre 1968, Gazette du Palais, 1968, 2, page : 345.

⁵⁷ Cass., Civ., 14 mars 1900, WHISTLER, Dalloz, 1900, 1, page : 497.

⁵⁸ CA, PARIS, 3 mars 1865, S., 1855, 2, page :410.

55. En tout état de cause, rejoignant certains auteurs⁵⁹, il doit être considéré que l'astreinte constitue un outil suffisant pour forcer le débiteur à exécuter son obligation de faire ou de ne pas faire en nature⁶⁰. « *Autre chose est la question (de savoir) si cet ordre pourra être exécuté contre le gré du débiteur* »⁶¹.

56. En effet, si, à la vue des constatations précédemment faites, l'article 1142 du Code civil ne semble pas constituer un obstacle à ce que le juge ordonne l'exécution forcée en nature de quelque obligation inexécutée, sauf à ce qu'elle revête un caractère personnel, la question du droit du créancier à la condamnation *ad ipsam rem* demeure.

2. Le droit du créancier à l'exécution forcée en nature

57. Le juge pouvant l'ordonner, la question est de savoir s'il est lié par la demande du créancier de voir ordonner l'exécution forcée en nature (c'est à dire si cette dernière est de plein droit) ou si elle est laissée à sa libre appréciation ?

58. Le problème ne se pose pas en matière d'obligation à payer des sommes d'argent.

59. Péremptoirement, d'abord, « *la question ne s'est jamais vraiment posée en droit français* »⁶². A dire vrai, cela se justifie puisque l'exécution forcée en nature de telles obligations reviendrait à la même finalité que celle des dommages-intérêts, l'allocation d'une somme d'argent. Les moyens étant les mêmes, seule une controverse sur la nature même de ladite somme pourra s'élever, controverse qui pourrait s'éteindre à considérer qu'une condamnation à des dommages-intérêts sera toujours possible afin de compenser l'éventuel préjudice résultant de l'inexécution contractuelle⁶³.

60. La solution quant aux obligations autres est toutefois plus ténue. Selon Geneviève VINEY, le juge pourrait « *librement choisir entre l'indemnisation pécuniaire et l'une ou*

⁵⁹ Commentaire A.LEBOIS, *préc.* ; P.WERY, *op. préc.*, page :114.

⁶⁰ *A contrario*, voir notamment « *Contrats et obligations, classification des obligations, distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire* », Ph. SIMLER, Jcl. Civil Code, articles 1136 à 1145, fascicule 10, 2004, n°114.

⁶¹ P.WERY, *op. préc.*, page : 214.

⁶² G.VINEY, *Etude de droit comparé, op. préc.*, page : 180.

⁶³ Article 1153 du Code civil.

l'autre des mesures (toutes autres condamnations non pécuniaires) »⁶⁴. Ce choix relèverait, en effet, du « pouvoir souverain des juges du fond »⁶⁵. Patrick WERY⁶⁶, critique ouvertement la position prise par le Professeur VINEY qui énonçait que « la Cour de cassation reconnaît en principe aux juges du fond la faculté de choisir librement entre dommages et intérêts et condamnation non pécuniaire »⁶⁷. En effet, pour P.WERY, s'il existe une libre appréciation des juges du fond quant à la sanction à infliger, il n'en demeure pas moins que l'exécution forcée en nature prime l'allocation de dommages-intérêts.

61. Ainsi donc, de nombreux auteurs s'appuient sur ce dernier angle de réflexion pour enseigner que l'exécution forcée en nature étant un droit, les juges du fond doivent y accéder, par principe⁶⁸. La jurisprudence semble tendre vers un tel raisonnement⁶⁹. Mais elle ne saurait être unitaire⁷⁰. Encore une fois, le meilleur exemple de ce droit à l'exécution forcée en nature pour le créancier d'une obligation inexécutée se trouve à l'ancien article premier de la loi du 9 juillet 1991⁷¹. Le vocable précisément utilisé est que le créancier a le « *droit* » de contraindre le débiteur à l'exécution de l'obligation contractuellement prévue.

62. Cependant, cela ne signifie pas que l'exécution forcée soit de plein droit. Le juge conserve toute latitude pour l'accorder. En effet, la considérer de plein droit reviendrait à lui conférer un caractère absolu qu'il ne saurait avoir, précisément parce qu'elle peut être impossible. Deux « cas d'école » peuvent être invoqués. Ainsi en est-il de la

⁶⁴ G.VINEY, *op. préc.*, 1988, infra n°43.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ P.WERY, *op. préc.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Par exemple, H.MAZEAUD, L.MAZEAUD, J.MAZEAUD et F.CHABAS, *op. préc.*, tome III, 1978, n°2304, pages : 616 à 620 ; également « *Droit civil. Les obligations* », Ph. MALAURIE et L.AYNÈS, n°1019.

⁶⁹ Parmi d'autres : Cass., Civ., 22 décembre 1947, Dalloz, 1948, 1, page : 470.

⁷⁰ *A contrario*, voir : Cass., Civ.1^{ère}, 3 octobre 1956, Bull. civ., I, n°328 ; Cass., Civ.3^{ème}, 24 juin 1971 : G. VINEY affirme cependant que la désunion de la jurisprudence provient plus d'une confusion des vocables (entre exécution forcée et simple réparation en nature) que d'une réelle dissension au fond.

⁷¹ Voir note n°9.

disparition de la chose objet du contrat de livraison. Encore lorsque les délais d'usucapion sont épuisés⁷².

63. Un troisième exemple pourrait être évoqué. Celui-ci se créerait par analogie avec la jurisprudence anglaise qui préfère réparer le dommage subi par l'allocation de dommages-intérêts dès lors qu'ordonner l'exécution forcée en nature serait trop onéreux pour le débiteur⁷³. En FRANCE, cela prendrait forme sous les traits de la théorie de l'abus de droit. La question serait de savoir s'il devait exister une limite au-delà de laquelle il apparaîtrait déraisonnable de demander l'exécution forcée en nature, alors même que l'allocation de dommages-intérêts serait plus adéquate ? La Cour de cassation paraît hostile à une telle doctrine⁷⁴. Pourtant, selon le Professeur VINEY, rien ne s'oppose, *a priori*, à ce que cette théorie soit utilisée comme « *mécanisme de contrôle* »⁷⁵. En outre, les juridictions belges connaissent un tel raisonnement⁷⁶.

64. Enfin, il s'agit de savoir si le créancier doit demander à titre principal l'exécution forcée en nature, ou bien s'il peut d'emblée opter pour le paiement de dommages-intérêts. Une doctrine classique abonderait en faveur de l'exécution forcée en nature par principe, et donc le créancier ne pourrait y déroger que dès lors qu'elle n'est plus possible⁷⁷ ou qu'elle ne peut plus le satisfaire⁷⁸. Une doctrine minoritaire, bien que résolument plus moderne, consisterait à énoncer que « *en présence d'une défaillance de son débiteur, le créancier, après mise en demeure, déterminera son choix, entre les différents modes d'exécution directe ou indirecte d'après son intérêt* »⁷⁹. *A priori*, aucun texte ne fait obstacle à ce que le créancier puisse demander, à titre principal, l'allocation

⁷² Articles 2250 et suivants du Code civil.

⁷³ *RUXLEY ELECTRONICS & CONSTRUCTION v FORSYTH*, 1996, HL, AC 344, Lord JAUNCEY OF TULLICHETTE stated : « *Indeed were he to receive the cost of building a new one and retain the existing one he would have recovered not compensation for loss but a very substantial gratuitous benefit, something which damages are not intended to provide* ».

⁷⁴ Cass., Civ., 15 février 1978, Dalloz, 1978, IR, page : 414.

⁷⁵ G. VINEY, *Etude de droit comparé, op. préc.*, page : 184.

⁷⁶ Voir P.WERY, *op. préc.*, page : 236 et suivantes.

⁷⁷ P.WERY, *op. préc.*, page : 242.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ « *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* », B. STARCK, thèse, 1947, PARIS, pages : 288 à 290.

de dommages-intérêts, malgré que l'exécution forcée en nature eût pu être possible et préférable.

65. Dès lors que les juges du fond se voient présenter une demande en exécution forcée en nature et qu'ils y défèrent, le créancier dispose d'outils à sa disposition, souvent imbriqués dans la catégorie des « voies d'exécution ».

B. LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXÉCUTION FORCÉE

66. « *Une idée sans exécution est un songe* »⁸⁰. Appliquée à l'exécution forcée en nature, transparait l'idée selon laquelle concevoir l'exécution forcée d'une obligation ne peut se faire sans outils pour la mettre en œuvre.

67. Cette subdivision n'aura pas pour prétention d'énoncer de manière extensive les différentes voies d'exécution mises à la disposition du créancier. Celles-ci ne sont pas l'objet du présent mémoire.

68. Par principe, le créancier doit, au préalable, mettre en demeure le débiteur d'avoir à exécuter son obligation. A défaut, le créancier devra obtenir un acte exécutoire, c'est à dire un acte muni de la formule exécutoire, soit qui pourra être exécuté, au besoin par le recours à diverses techniques contraignantes pour le débiteur. La liste des titres exécutoires a été dressée de manière extensive par le législateur⁸¹. Est notamment à mettre en avant le jugement. Toutefois, il faut le constater, l'obtention d'un titre exécutoire intervient alors que le débiteur résiste à l'exécution de l'obligation. C'est alors qu'interviennent les différentes voies d'exécutions, conçues comme des outils permettant au créancier d'obtenir l'exécution dudit titre exécutoire.

69. Classiquement, il convient de distinguer selon que les obligations sont de donner ou autres. En effet, relativement aux obligations de donner, la procédure d'exécution ne souffre que peu de difficultés. Seront envisagées des procédures de saisie, qu'elles soient

⁸⁰ « *Mémoires* », VOLTAIRE, Seuil, 1^{er} janvier 1993 citant le Duc de SAINT-SIMON.

⁸¹ Article L.111-3 du Code des procédures civiles d'exécution.

mobilières⁸² ou immobilières⁸³. La seule difficulté tendra à la surface financière du débiteur, qui contingentera les sommes récupérables.

70. Relativement aux obligations de faire ou de ne pas faire, par essence ne portant pas sur des sommes d'argent, la solution ne saurait être si aisée. Une sous-distinction semble s'imposer. Celle-ci pourrait se rapprocher de la notion d'obligation personnelle. Il a été vu que lorsque l'obligation était personnelle au débiteur, des difficultés apparaissaient quant à savoir si l'exécution forcée en nature pouvait être ordonnée. Il apparaît logique que cette distinction, se situant en amont de l'exécution à proprement parlé, influe sur le déroulement des opérations d'exécution.

71. Ainsi, dès lors qu'aucune contrainte n'a à s'exercer contre le débiteur lui-même, l'exécution du titre exécutoire ne soulève pas particulièrement de difficultés. En effet, plusieurs exemples permettent d'affirmer cela. Par exemple, l'obligation de livrer une chose peut être exécutée en mettant le créancier en possession de la chose objet du contrat, qui se trouvait jusqu'alors en la possession du débiteur. Encore, l'obligation négative de ne pas construire pourra se voir résolue par l'appel à la force publique qui fera démolir l'ouvrage litigieux⁸⁴. Le Professeur VINVEY illustre également son propos par l'exemple du refus de réitération par acte authentique de la promesse de vente dont le débiteur a d'ores et déjà levé l'option. La promesse de vente, de par sa particularité, fera l'objet de développements par la suite⁸⁵. Toujours est-il que peut, dès à présent, être rapportée la position de la Cour de cassation qui, dans une telle situation et après expiration d'un délai substantiel, retiendra la promesse de vente non réitérée en tant qu'outil instrumentaire⁸⁶.

⁸² Livre II du Code des procédures civiles d'exécution.

⁸³ Livre III du Code des procédures civiles d'exécution.

⁸⁴ Pour des développements sur ces exemples, voir G.VINEY, *Etudes de droit comparé, op. préc.*, page : 185-186.

⁸⁵ Voir *infras* n°83 et suivants.

⁸⁶ Cass., Rêq., 28 janvier 1924, *Dalloz H.*, 1924, page : 121 ; plus récemment Cass., Civ.3^{ème}, 7 avril 1993, *Bulletin civile*, III, n°55.

72. *A contrario* de la simplicité apparente des deux situations précédemment envisagées, « *la situation est en revanche beaucoup plus délicate à propos des obligations dont l'exécution exige une participation personnelle du débiteur* »⁸⁷.

73. L'exemple le plus évocateur d'une telle situation est l'expulsion d'un locataire. Il l'a été vu, l'une des limites à l'exécution forcée en nature est l'atteinte à la liberté individuelle du débiteur. Ici s'exprime l'interprétation faite par MM PLANIOL et RIPERT de l'article 1142 du Code civil, à savoir que « *la véritable portée de l'article 1142 (...) est de reconnaître* », pour les obligations autres que celles de sommes d'argent, « *conformément à la réalité, une sorte de présomption dans le sens de l'impossibilité d'exécution forcée* »⁸⁸. La contrainte sur le débiteur apparaît insupportable et ne saurait constituer une solution viable, en faisant primer les seuls intérêts du créancier face aux libertés du débiteur. C'est pourquoi, autant que faire ce peu, la contrainte physique s'exerce plutôt sur les meubles, comme c'est le cas notamment en matière d'expulsion d'occupants de logements sans titres.

74. *A contrario*, comme le note très justement G.VINEY, ce « *n'est pas la présence d'un gendarme qui permettra d'obtenir (...) d'un chirurgien qu'il opère son patient* »⁸⁹. Dans un cas pareil, deux solutions pourraient être envisageables. Soit la réparation par équivalent, mais alors le titre exécutoire délivré serait moralement injustifié et ne trouverait aucune application, ce qui n'est évidemment pas envisageable ; soit le créancier ayant droit à exécution, la technique de l'astreinte a été développée pour que soit solutionnée une situation apparaissant inextricable.

75. D'abord développée par la jurisprudence⁹⁰, l'astreinte a par la suite trouvé sa source dans la loi⁹¹. Elle consiste à condamner le débiteur de l'obligation au paiement d'une somme forfaitaire, établie par période de temps déterminée, tant que celui-ci n'exécute

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ « *Traité pratique de droit civil français* », M.PLANIOL, G.RIPERT, 1954, 2^{ème} édition, par P.ESMAN, J.RADOUANT et G.GABOLDE, tome 7, page :90.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ « *L'astreinte* », Fiche méthodologique, Service de la documentation de la Cour de cassation, BICC, n°680, 15 avril 2008 ; J.MESTRES, observation RTD civ., 1991, page :534.

⁹¹ Aujourd'hui, Titre III, « *La prévention des difficultés d'exécution* », Code des procédures civiles d'exécution.

pas l'obligation qu'il aurait dû exécuter. Cette condamnation est accessoire à celle principale, et peut également être prononcée avec anatocisme. Il s'agit d'exercer une contrainte financière sur un débiteur résistant, contrainte à laquelle le débiteur est libre de mettre en fin en procédant à l'exécution de la condamnation principale.

76. Enfin, un dernier moyen peut être utilisé par le créancier pour obtenir l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, le remplacement. Il s'agit de faire exécuter l'obligation inexécutée par un tiers, aux dépens du débiteur. C'est un « *succédané de l'exécution* »⁹². Cette dernière hypothèse ne sera pas évoquée plus avant ici puisqu'il s'agit d'une forme de réparation en nature, et par conséquent il ne s'agit que d'une identité de finalité tout comme l'exécution forcée mais non d'une identité de moyens.

77. Ainsi qu'il l'a été exposé, la lecture de l'article 1142 du Code civil ne se fait pas sans heurts. À tous les points de vue, tant doctrinaux que prétoriens ou légaux, l'exécution forcée en nature ne présente qu'une unité relative. Les nombreuses inflexions à l'exécution forcée en nature appellent à s'interroger sur le point de savoir si la multiplication des dérogations à l'exécution forcée en nature ne s'apparente pas à un renversement implicite du paradigme de l'exécution forcée en nature.

SECTION II^{NDE} : LA MULTIPLICATION DES RÉGIMES DÉROGATOIRES : UNE REMISE EN CAUSE DU PARADIGME DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

78. L'interprétation de l'article 1142 du Code civil pose plus de questions qu'elle n'en solutionne. Cela explique les développements particuliers connus par le droit, tant à travers la promesse unilatérale de vente qui est le point d'orgue de ces particularismes (I), que d'autres régimes dérogatoires (II).

I – LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE SYMPTOMATIQUE D'UN MALAISE

79. Comprendre l'ambiguïté soulevée par la promesse unilatérale de vente ne peut se faire sans appréhender le régime prétorien de la promesse unilatérale de vente (A). La

⁹² *Ibid.* ; voir également P.WÉRY, Titre II, *op. préc.*

Cour de cassation, faute pour elle d'être Prométhée⁹³, ne fait que révéler les tourments que vit l'exécution forcée en nature (B).

A. LE RÉGIME PRÉTORIEN DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE

1. L'intérêt de la promesse unilatérale de vente

80. Comprendre la promesse unilatérale de vente n'est pas chose aisée. La promesse unilatérale de contrat (qu'elle soit de vente, d'achat ou encore de louage, ...) peut être définie comme un « *accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement – investi d'un droit d'option, pendant un délai donné – restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé (en laissant passer le délai) ou de conclure en « levant » l'option dans le délai* »⁹⁴. La lecture de cette définition, pourtant écrite par un éminent connaisseur de la sémantique juridique, ne renseigne pas exactement sur ce qu'est la promesse unilatérale de vente. En effet, il s'agit d'un accord de volonté, mais est-ce un contrat ?

81. La promesse unilatérale apparaît comme un avant-contrat⁹⁵ qui doit être distingué de la simple offre ou du contrat définitif. La terminologie d'avant-contrat énonce parfaitement que la promesse unilatérale tend vers un idéal qu'est le contrat. L'une des nombreuses terminologies usitées pour désigner ces « accords » est celle, peut être plus explicite, de contrats préparatoires⁹⁶. En effet, il n'est pas utile de contester que la promesse unilatérale, de quelque forme qu'elle soit, ne soit pas un contrat.

⁹³ « *Lettre du voyant* », adressée à Paul DÉMÉNY par Arthur RIMBAUD, 15 mai 1871.

⁹⁴ « *Vocabulaire juridique* », G.CORNU, Association Henri CAPITANT, P.U.F., 8^{ème} édition, mai 2008.

⁹⁵ J.CARBONNIER, *op. préc.* ; « *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation* », J.GHESTION, L.G.D.J., 3^{ème} édition, 1993 ; « *Droit civil, Les obligations. Les sources* », G.MARTY, P.RAYNAUD, tome 1, Sirey, 2^{ème} édition, 1988 ; H., L. et J. MAZEAUD, F.CHABAS, *op. préc.*

⁹⁶ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*

82. La première conséquence, intéressant directement l'objet de ce mémoire, est qu'elle est soumise aux règles de la responsabilité contractuelle en cas de manquement à l'une des obligations qu'elle prescrit.

83. Malgré l'ignorance du Code civil quant à ses promesses unilatérales⁹⁷, celles-ci ont connu un important développement depuis le début du XX^{ème} siècle⁹⁸. Or, un tel engouement démontre empiriquement que la promesse unilatérale possède un indéniable intérêt pour les acteurs économiques.

84. Cet intérêt réside dans le fait que le promettant confère un droit exclusif au bénéficiaire de la promesse. Ce dernier devient le titulaire d'un droit potestatif de lever l'option qui lui est ainsi conférée. Il en est ainsi, par exemple, de l'utilité d'une telle promesse unilatérale lorsqu'est envisagée la vente d'une chose. Le promettant et le bénéficiaire sont convenus des éléments essentiels de la vente, mais le bénéficiaire (ou futur acquéreur) souhaite bénéficier d'un délai de réflexion. L'exclusivité de son droit de lever l'option ou de ne pas le faire offre une certaine sérénité dans la réflexion de celui-ci. De plus, le promettant ne peut se rétracter⁹⁹ unilatéralement.

85. Enfin, le promettant se verra offrir en contrepartie une indemnité d'immobilisation, un acompte ou autres arrhes, c'est à dire une somme d'argent contractuellement déterminée qui sera conservée par le promettant en cas de rétractation du bénéficiaire.

86. A l'aune de cet intérêt économique de la promesse unilatérale, la sanction de la rétractation du bénéficiaire constitue le cœur même des débats doctrinaux qui agitent les bancs universitaires. En effet, la Cour de cassation opte pour une solution radicalement dérogatoire au principe de l'exécution forcée en nature.

⁹⁷ « *Le contrat de promesse unilatérale de vente* », F.BENAC-SCHMIDT, thèse, Paris I, L.G.D.J, 1983, préfacée par J.GHESTIN.

⁹⁸ « *Les contrats spéciaux* », Ph.MALAUURIE, L.AYNÈS, P.-Y.GAUTIER, DEFRÉNOIS, lextenso éditions, 5^{ème} édition, page : 67.

⁹⁹ Sous toutes réserves exposées ci-après.

2. La solution prétorienne

87. S'il est naturel d'évoquer la solution prétorienne, puisque la question semble figée depuis le fameux arrêt *Cruz*¹⁰⁰, il convient de remarquer que l'évolution jurisprudentielle s'est faite en trois temps.

88. Premièrement, pendant longtemps, la Cour de cassation a considéré que le bénéficiaire, victime de la rétractation avant expiration du délai d'option, pouvait obtenir un jugement valant exécution et obtenir son exécution¹⁰¹. Prévalait ainsi la sanction de l'exécution forcée en nature de la promesse de vente. En l'espèce, les magistrats du Quai de l'Horloge avaient ainsi pu ordonner l'exécution en nature d'une promesse de vendre les parts d'une société civile immobilière. Lapidairement, dans ses motifs, la troisième chambre civile exposait que « *tout créancier pouvant l'exécution de l'obligation lorsque cette exécution est possible* », est donc rejeté le pourvoi se prévalant d'une violation des articles 1142 à 1144 du Code civil.

89. Était donc très clairement rejeté l'interprétation de l'article 1142 selon laquelle l'inexécution de contrats portant sur des obligations de faire ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts.

90. Puis, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement spectaculaire par deux arrêts¹⁰². La troisième chambre civile, en 1993, exposait ses motifs comme suit : « *Mais attendu que M. Y... ayant rétracté sa promesse unilatérale de vente antérieurement à la levée d'option par le bénéficiaire, la cour d'appel, sans avoir à procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a exactement retenu qu'aucun contrat de vente ne s'étant formé entre les parties en l'absence de rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acheter, la demande en réalisation de la vente devait être rejetée.* »

¹⁰⁰ Cass., Civ.3^{ème}, 15 décembre 1993, Bulletin civil, 1993, III, n°174, Dalloz, 1994, page :507

¹⁰¹ Cass., Civ.3^{ème}, 19 février 1970, Gazette du Palais, 1970, I, 282.

¹⁰² Arrêt *Cruz préc.*, et Cass., Civ.3^{ème}, 21 juin 1996, Bulletin civil, III, n°165.

91. Cette décision a déclenché les foudres de la doctrine, dont notamment Denis MAZEAUD qui a pu écrire : « *Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1, du Code civil vient de subir, en raison de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, un coup de boutoir propre à le faire vaciller* »¹⁰³.

92. C'est en effet non moins la solution opposée à celle qui existait que la troisième chambre civile atteint. En conséquence de cette décision, le bénéficiaire-victime de la rétractation par le promettant, avant l'expiration du délai de levée d'option, ne peut plus rechercher l'exécution forcée en nature (soit la vente forcée) puisqu'étant une obligation de faire, celle-ci ne se résout qu'en dommages-intérêts.

93. Puis, à mi-chemin entre cette jurisprudence novatrice et la troisième étape de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la sanction de la rétractation du promettant dans le cas d'une promesse unilatérale de vente, la troisième chambre civile a rendu une décision qui mérite d'être remarquée quant aux pactes de préférence. En 2006, elle exposait que : « *Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* »¹⁰⁴. Revirement en matière de pacte de préférence, il était souhaité que celui-ci touche le régime applicable aux promesses unilatérales de vente, tant celles-ci ont en communs avec le pacte de préférence¹⁰⁵.

94. Ce n'est cependant pas ce qui ce qui s'est réalisé, en regard de l'arrêt de 2011¹⁰⁶ puisque la troisième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé que la sanction de la rétractation du promettant, avant expiration du délai d'option ou exercice de l'option par le bénéficiaire, est l'allocation de dommages-intérêts. Les magistrats du Quai de l'horloge expriment leurs motifs comme suit : « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des*

¹⁰³ Denis MAZEAUD, note sous l'arrêt *Cruz*.

¹⁰⁴ Cass., Ch.mixte, 26 mai 2006, voir note D.MAINGUY, Recueil Dalloz, 2006, page 1861.

¹⁰⁵ Voir commentaire D.MAINGUY, *Ibid*.

¹⁰⁶ Cass., Civ.3^{ème}, 11 mai 2011, FS-P+B, n°10-12.875 ; voir notamment D.MAZEAUD, Dalloz 2011, page :1451.

volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».

95. Mais cet arrêt marque un apport en ce que la Cour de cassation délaisse comme fondement à cette solution l'article 1142 du Code civil pour les articles 1101¹⁰⁷ et 1134¹⁰⁸ du Code civil.

96. Cette évolution jurisprudentielle a donné lieu à des débats doctrinaux virulents qui permettent de qualifier les promesses unilatérales de vente comme le « nœud gordien » du droit¹⁰⁹. Ainsi donc, après un bref exposé d'une question qui mériterait un traitement particulier, il doit être exposé que « *La Cour de cassation a ses raisons ...* »¹¹⁰.

B. LA PUV : « NŒUD GORDIEN » DE L'EXÉCUTION FORCÉE

1. La justification de la jurisprudence par la Cour de cassation

97. Plusieurs explications permettent de justifier, en un sens, la jurisprudence de la Cour de cassation.

98. Premièrement, l'article 1589, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que : « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». La détermination entre une vente parfaite (c'est à dire dont le consentement sur les éléments essentiels du contrat) et une promesse de vente se ferait en examinant le moment d'échange des consentements. Antérieurement à l'échange des consentements, la promesse de vente n'est qu'un contrat unilatéral qui ne peut

¹⁰⁷ Article 1101 du Code civil : « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

¹⁰⁸ Article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

¹⁰⁹ « *À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter »* », Etude par D.MAINGUY, La semaine juridique, édition générale, n°27, 2 juillet 2012, 808.

¹¹⁰ « *Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons...* », D.MAZEAUD, Recueil Dalloz, 2011, page : 1457.

s'analyser comme une obligation de donner, et ne saurait donc trouver qu'application de la lecture *stricto sensu* de l'article 1142 du Code civil.

99. Pour certains auteurs, l'article 1589 du Code civil « *n'a point été écrit pour faire allusion à des promesses bilatérales de vendre et d'acheter, dont personne n'avait eu l'idée avant que les commentateurs du code les eussent inventées* »¹¹¹.

100. Pour illustration peut être pris l'exemple de la distinction entre la promesse unilatérale de vente et la vente conditionnelle : tandis que cette première s'analyse en « *la convention par laquelle une personne, qualifiée « venderesse », déclare vendre un immeuble à un « acquéreur » sous la condition suspensive que ce dernier confirme dans un délai d'un mois son intention définitive d'acquérir ne peut s'analyser qu'en une promesse unilatérale de vente* »¹¹² ; la dernière s'oppose si « *la convention par laquelle une personne s'engage définitivement à acquérir, dès qu'auraient été remplies avant une certaine date les obligations mises à la charge du promettant, ce qui ôte toute faculté d'option au bénéficiaire de la promesse et donne à celle-ci un caractère synallagmatique, ne peut constituer une promesse unilatérale de vente (...)* »¹¹³.

101. La qualification de vente, qui serait une condition pour que puisse être demandée l'exécution forcée en nature, est de jurisprudence constante, puisque déjà en 1938 la Cour de cassation énonçait que : « *la promesse de vente n'a pas pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire ni la propriété, ni aucun droit immobilier sur le bien qui en est l'objet, tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant quoique relative à un immeuble constitue une obligation de faire qui ne peut engendrer pour celui au profit duquel elle existe qu'une créance mobilière* »¹¹⁴.

102. Cette analyse est celle retenue par l'arrêt de 1993 rendue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Bien qu'assez surprenamment, un conseiller référendaire

¹¹¹ « *Traité élémentaire de droit civil, Obligations, contrats, sûretés réelles* », M.PLANIOL, G.RIPERT, J.BOULANGER, tome II, 4^{ème} édition, 1952, page : 763.

¹¹² Cass., Civ.3^{ème}, 21 novembre 1984, Bulletin civil, III, n°198.

¹¹³ Cass., Civ.3^{ème}, 23 janvier 1991.

¹¹⁴ Cass., Civ., 7 mars 1938.

a pu déduire de l'arrêt de 2011 que « *de la nature de l'obligation du vendeur se déduisent les effets de la rétractation : elle ne peut être sanctionnée par l'exécution forcée* »¹¹⁵.

103. Cette analyse, si elle peut être contestée, a le mérite de la logique et d'une lecture cohérente du Code civil, à tout le moins jusqu'à la jurisprudence de 2011.

104. Une seconde explication peut être donnée pour dénier tout droit du bénéficiaire de la promesse rétractée à obtenir l'exécution forcée en nature de celle-ci. La sanction de dommages-intérêts n'est pas d'ordre public. Ainsi, la Cour de cassation a déjà admis l'efficacité et la validité d'une clause contractuelle prévoyant que la rétractation par le promettant, de la promesse, antérieurement à l'expiration du délai de ladite promesse ou de la levée d'option par le bénéficiaire, se résoudra « *en nature par la constatation judiciaire de la vente* »¹¹⁶. Il semble toutefois qu'admettre de principe la sanction de dommages-intérêts et par exception, dès lors qu'a été insérée une telle clause dans le champ contractuel, aille contre-nature. C'est laisser au débiteur de l'obligation le choix de la sanction en cas de rétractation de sa part. En effet, étant une promesse unilatérale, seul s'engage le promettant. Or, dans le cas d'une rétractation de celui-ci, il est celui par la faute duquel la qualité de bénéficiaire se change en celle de victime. Malheureusement, il est peu probable que le bénéficiaire ne parvienne à imposer une telle clause au promettant ; d'autant plus que le promettant, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, ne s'est pas nécessairement engagé à vendre, en tout état de cause n'a pas donné de consentement à vendre. Ce genre de clause semble devoir se heurter aux pratiques économique-contractuelles.

105. Une troisième hypothèse de justification du régime prétorien de la promesse unilatérale de vente tiendrait en ce qu'il n'y a perfection des consentements. Les

¹¹⁵ « *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Troisième chambre civile* », A.-C. MONGE, Recueil Dalloz 2011, page : 2679. Cette opinion semble devoir être timorée à la vue du changement de fondement légal entre la décision de 1993 et celle de 2011. Cette dernière se fonde sur les articles 1101 et 1134 du Code civil, l'article 1101 du Code civil étant inséré au Chapitre I du Titre III du même Code, s'imposant à tout type de convention, quelque soit la nature des obligations qu'elles portent en elles ; l'article 1134 figurant à la Section Ière intitulée « *dispositions générales* », du Chapitre III « *de l'effet des obligations* », ne faisant aucune distinction selon la nature des obligations et précédant justement ladite distinction dans la codification du Code civil.

¹¹⁶ Cass., Civ.3^{ème}, 27 mars 2008, RDC, page : 734, observations D.MAZEAUD.

conséquences attachées à une telle conception sont alors graves : le promettant ne confère « *aucun droit réel sur le bien* »¹¹⁷. Il n'y a pas d'opposabilité aux tiers, pas de transfert des risques, pas de transfert de propriété¹¹⁸. Certains auteurs souscrivent à cette analyse¹¹⁹.

106. Enfin, classiquement, ordonner l'exécution forcée de l'obligation, à savoir consentir à un contrat de vente, « *serait une atteinte excessive à une liberté essentielle, la liberté de contracter* »¹²⁰. Argument d'autorité à en regarder la conception historique de l'article 1142 du Code civil, notamment en ce qu'il permettrait de limiter l'atteinte aux libertés individuelles par une sanction trop contraignante¹²¹ pour le débiteur de l'obligation.

107. En résumé, les mots du Professeur MAINGUY sont limpides : « *Le contrat de promesse est un contrat préparatoire à un contrat promis et le consentement de ce contrat promis fait défaut du fait de la résiliation unilatérale du contrat de promesse. La question de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter n'est jamais qu'une résiliation de celle-ci, fautive ou non fautive, le plus souvent fautive : aux juges du fond de réparer le préjudice, aux contractants de se prémunir de cette situation par des clauses idoines, aux plaideurs d'invoquer les situations particulières, de démontrer les préjudices* »¹²²

¹¹⁷ A.-C.MONGE, *chro. préc.*

¹¹⁸ *A contrario* de l'analyse anglaise qui prévoit que dans une telle situation, le bénéficiaire a « *the equity title* », qui permet, dans l'un des rares cas, de demander la « *specific performance* », voir, par exemple, *WALFORD v MILES*, HL, 1992, AC 128.

¹¹⁹ « *le consentement, le maintien de l'offre est impossible à forcer, il implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté* », D.MAINGUY, RTDciv., 2004, 1 ; encore « *on voit mal comment l'exécution forcée d'un tel contrat pourrait conduire à un transfert forcé de propriété : comment la sanction d'une inexécution peut-elle conduire à accorder au créancier plus que ce à quoi il avait droit par le contrat non exécuté ?* » in « *Les obligations* », M.FABRE-MAGNAN, *Thémis*, 2004, n°85.

¹²⁰ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*

¹²¹ Voir *infras* n°165 et suivants.

¹²² D.MAINGUY, note commentaire *préc.*

2. La critique de la jurisprudence sur la PUV en regard de l'exécution forcée en nature

108. « *La critique est aisée et le critique dans l'aisance* »¹²³. Il ne s'agit pas là de faire le procès de la jurisprudence relative à la promesse unilatérale de vente mais de rapporter les principaux arguments d'une doctrine très critique à l'égard de celle-ci, malgré la réaffirmation du principe par la Cour de cassation¹²⁴.

109. Les prémisses d'une doctrine favorable à l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente semblent devoir être trouvées chez Louis BOYER¹²⁵⁻¹²⁶. Celui-ci considérait que le promettant, par la promesse unilatérale de vente, s'engageait fermement à vendre le bien objet de la promesse. En ce sens, l'option n'appartient qu'au bénéficiaire. Cette théorie ne se suffit à elle-même puisqu'en réalité, elle soulève la question de sanctionner ou non la rétractation du promettant, mais n'est pas évoquée explicitement la question de la nature de cette sanction.

110. Relativement aux critiques de la jurisprudence antérieure à celle de 2011, celles-ci se concentraient essentiellement sur le fondement textuel qu'utilisait la Cour de cassation. Ainsi que le résume le Professeur MAZEAUD dans une conception partagée, « *la solution traduisait une lecture anachronique de l'article 1142 du code civil, dont chacun sait que, s'il demeure dans le code, c'est parce que celui-ci n'a toujours pas été réformé, étant entendu que la loi ne correspond plus, sur ce point comme sur bien d'autres, au droit positif en vertu duquel tout créancier, quel que soit l'objet de l'obligation souscrite par son débiteur, a droit à l'exécution en nature* »¹²⁷.

111. Plus intéressantes donc sont les critiques qui se sont faites entendre relativement aux récents développements prétoriens. Ainsi qu'il l'a été dit, la Cour de cassation s'est

¹²³ « *Journal* », Jules RENARD, Robert Laffont, 7 novembre 2002.

¹²⁴ Voir par exemple, Cass., Civ.3^{ème}, 28 octobre 2003, RDC 2004, page :270 ; Cass., Civ.3^{ème}, 25 mars 2009, RDC, 2009, page : 995.

¹²⁵ « *L'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente* », D.MAINGUY, Recueil Dalloz, 2011, pages : 1460 et suivantes.

¹²⁶ « *Les promesses synallagmatiques de vente* », Louis BOYER, RTD civ., 1949, page : 1.

¹²⁷ « *Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons...* », D.MAZEAUD, Recueil Dalloz, 2011, page : 1457.

fondée, en 2011, sur les articles 1101 et 1134 du Code civil. Or il est possible de voir comme un paradoxe entre la solution retenue et le fondement légal. Ainsi, l'alinéa 2^{ème} de l'article 1134 dispose t'il que « (les conventions) *ne peuvent être révoquées que de leur* (les parties à la convention) *consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». Or, il n'est fait nul part mention de ce que le promettant puisse se rétracter de la promesse qu'il a librement formulée, pas plus que sa rétractation n'intervient dans le cadre d'un consentement mutuel¹²⁸.

112. Il peut être objecté, sans doute à raison, que la rétractation du promettant est sanctionnée, et, comme précédemment, qu'il ne s'agit nullement de connaître la nature de la sanction.

113. Cependant, si ce premier argument ne saurait à lui seul convaincre de l'illégitimité de la jurisprudence relative à la promesse unilatérale de vente, il suffit d'énoncer son corollaire pour qu'il en soit d'une toute autre mesure. Ainsi, priver de l'exécution forcée en nature la promesse unilatérale de vente revient à priver d'efficacité cette promesse. Le principe même de former une convention est de légitimement croire en une sécurité juridique conférée par cet instrument. Or, celle-ci succombe dès lors que résonne le tintement des dommages-intérêts. Pour le Professeur MAZEAUD, la promesse unilatérale de vente se transforme, par identité de sanctions, en une simple offre¹²⁹.

114. Enfin, une critique de forme serait de faire remarquer que *de lege ferenda*, tous les avant-projets de réforme du droit des obligations retiennent la position inverse de celle de la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

115. Malgré la cristallisation des débats autour de la promesse unilatérale de vente, elle n'est pas seule situation à connaître un dénouement différent à celui de l'exécution forcée en nature.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Dialogue D.MAZEAUD, Y.-M.LAITHIER *préc.*; *A contrario*, voir la réponse d'Y.-M.LAITHIER.

II – LES AUTRES RÉGIMES DÉROGATOIRES À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

116. Pour certains auteurs, les limites au pouvoir du juge d'ordonner l'exécution forcée en nature « *sont en recul* »¹³⁰. Cependant, deux autres illustrations dérogeant au principe de l'exécution forcée en nature doivent être étudiés : le droit du travail¹³¹ (A) et le droit des sociétés (B).

A. LES LIMITES APPORTÉES PAR LE DROIT DU TRAVAIL

117. L'alinéa premier de l'article L.1237-2 du Code du travail dispose que : « *La rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur* ». Cela se comprend parfaitement en regard de l'interdiction du travail forcé. En effet, il est impossible de songer à condamner un salarié à poursuivre l'exécution du contrat de travail dès lors que celui-ci le rompt fautivement ou irrégulièrement.

118. Plus intéressante est la question de la rupture irrégulière ou fautive du contrat de travail par l'employeur. Quelle est la sanction que l'employeur se verrait infliger dans une telle situation ?

119. En cas de licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, les tribunaux ont longtemps fait application de l'article 1142 du Code civil¹³² pour dénier toute exécution forcée en nature de ses obligations à l'employeur, mais prononcer la condamnation à des dommages-intérêts¹³³.

120. Depuis lors, la Cour de cassation a cessé de se fonder sur l'article 1142 du Code civil pour se fonder sur l'ancien article L.122-14-4 du Code du travail¹³⁴. En somme, pour

¹³⁰ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*

¹³¹ Sur cette question, voir plus précisément : « *Réflexions à propos de l'article 1142 du Code civil en droit du travail* », C.RADE, RDC, 2005.

¹³² Cass., Soc., 30 janvier 1996 ; « *La réintégration des salariés non spécialement protégés* », G.COUTURIER, Droit social, 1981, page : 248.

¹³³ Voir sur ce point, P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*, page : 58.

¹³⁴ Ancien article 122-14-4 du Code du travail, alinéa 1^{er} : « *Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une*

les salariés non protégés victimes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ceux-ci ne peuvent prétendre à être réintégrés dans l'entreprise dès lors que l'employeur le refuse¹³⁵. Le texte dispose précisément que le juge « *peut proposer* » la réintégration du salarié, laissant l'option à l'employeur de « lever l'option » ou de la refuser. Il semble donc que l'exécution forcée en nature puisse être qualifiée de subsidiaire par rapport à la réparation en nature.

121. *A contrario* de cette solution, la situation des salariés « spécialement protégés » est plus enviable en ce qu'en matière de licenciements illégaux, la réintégration du salarié au sein de l'entreprise est obligatoire ; ainsi en est-il du licenciement contrevenant à l'exercice d'une liberté publique¹³⁶ ; de l'atteinte portée à l'exercice d'un droit fondamental¹³⁷, encore du licenciement portant atteinte au fonctionnement interne de

cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L. 122-9. Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1, il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié. Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ».

¹³⁵ Aujourd'hui codifié à l'article L.1235-3 du Code du travail : « *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.*

Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ».

¹³⁶ Voir par exemple l'exercice du droit de grève : Cass., Soc., 26 septembre 1990, Droit social, 1991 ; Cass., Soc., 10 octobre 1990, Bulletin civil, V, n°434 ; Cass., Soc., 29 juin 1994, JCP, 1994, II, 22324.

¹³⁷ Relativement au licenciement de la femme enceinte : Cass., Soc., 30 avril 2003, Dalloz, 2004 ; sur cette question, plus précisément, voir : « *Les techniques de préservation de l'exécution en nature* », P.PUIG, RDC, 2005, page :96.

l'entreprise¹³⁸. Une option est donc conférée au salarié lésé. Celui-ci peut demander l'allocation de dommages-intérêts ou bien demander à être réintégré dans l'entreprise, le juge étant lié par la demande du salarié.

122. La même option est laissée au salarié par la jurisprudence dès lors qu'un licenciement intervient en contravention des prescriptions de l'article L.1224-1 du Code du travail¹³⁹. Dans une telle hypothèse, le « *licenciement prononcé à l'occasion du transfert est privé d'effet* », ce qui a pour conséquence que « *le salarié peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant* »¹⁴⁰.

123. Ces solutions originales tiennent pour partie dans une analyse économique du droit du travail. Si le salarié est nécessairement la partie économiquement la plus faible au contrat de travail (partant devant être spécifiquement protégé), il ne saurait être porté une trop grande atteinte à la liberté d'entreprendre¹⁴¹ de l'employeur. Ceci explique que la Cour de cassation ait pris prétexte de l'inscription au rôle d'une telle hypothèse pour réaffirmer que la règle édictée à l'article L.1235-3 du Code du travail est parfaitement justifiée¹⁴².

¹³⁸ Sur le licenciement d'un représentant du personnel, salarié protégé, voir : Cass., Ch.mixte, 18 janvier 1980, Dalloz, 1980, page : 386.

¹³⁹ « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

¹⁴⁰ Cass., Ch.mixte, 20 mars 2002, Bulletin civil, 2002, n°94.

¹⁴¹ Voir DC, 20 juillet 1988 qui juge inconstitutionnelle la réintégration obligatoire d'un salarié, mesure disproportionnée en regard de la liberté d'entreprendre.

¹⁴² Cass., Soc., 14 avril 2010, Bulletin civil 2010 : « *Mais attendu que la règle posée par l'article L. 1235-3 du code du travail, subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur, qui, d'une part, ne porte atteinte ni au droit au respect des biens, ni au droit de propriété, d'autre part, opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, n'apporte aucune restriction incompatible avec les dispositions de l'article 6. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ni, en tout état de cause, avec celles de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé* ». En affirmant cela, la Cour de cassation répond à la décision d'inconstitutionnalité prise par le Conseil constitutionnel quelques années auparavant.

124. Ainsi donc, les libertés publiques en jeu au sein des relations entre employeurs et salariés constituent un obstacle limité à ce que soit ordonné de plein droit l'exécution forcée en nature. Les mêmes limites se retrouvent en droit des sociétés.

B. LES LIMITES APPORTÉES PAR LE DROIT DES SOCIÉTÉS

125. L'article 1843-3 du Code civil énonce que « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». La société étant fondée sur un contrat¹⁴³, il est en possible d'en déduire qu'obtenir la qualité d'associé signifie être débiteur d'une obligation contractuelle de libérer l'apport promis.

126. Or, parmi les apports en numéraire, en nature et en industrie, ce dernier se démarque, du point de vue de l'objet de ce mémoire, car il « *n'existe pas en lui-même matériellement car rien ne permet de garantir que l'associé tiendra sa promesse* »¹⁴⁴. La difficulté de saisir le mécanisme d'apport en industrie s'illustre dès lors que ceux-ci ne font pas parti du capital social, gage des créanciers sociaux¹⁴⁵. Cette singularité exprime toute la difficulté qui est celle d'appréhender la nature de la sanction qu'un associé – apporteur en industrie – va se voir infliger dès lors qu'il ne respecte pas son engagement contractuel.

127. Classiquement, l'exemple le plus frappant est celui de l'apporteur en industrie au sein d'une société civile professionnelle¹⁴⁶.

128. Le régime applicable est alors celui de l'article 1142 : « *l'engagement de travailler pour la société en mettant à sa disposition son expérience, ses connaissances, son talent ou sa notoriété*¹⁴⁷ est une obligation de faire qui suppose l'accomplissement d'un fait

¹⁴³ Article 1832 du Code civil.

¹⁴⁴ « *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés* », Yves GUYON, tome 1, 12^{ème} édition, 1^{er} août 2003.

¹⁴⁵ Article 1843-2, alinéa 2^{ème}, du Code civil.

¹⁴⁶ « *Le régime des créances et des dettes* », J.GHESTIN, M.BILLIAU, G.LOISEAU, L.G.D.J., 2005, page : 133.

¹⁴⁷ Y.GUYON, *op. préc.*

*personnel du débiteur et qui est souscrite intuitu personae*¹⁴⁸. Par conséquent, le caractère intuitu personae de l'obligation empêcherait la société de substituer un tiers à l'apporteur défaillant en application de l'article 1144 du Code civil¹⁴⁹ »¹⁵⁰.

129. Les mêmes justifications qu'en droit du travail peuvent être invoquées, puisqu'est en jeu la liberté individuelle du débiteur¹⁵¹.

130. Certains auteurs ont pu écrire que l'apport en industrie constituait une double-limite à l'exécution forcée en nature : limite morale mais également limite matérielle¹⁵². La similarité du raisonnement avec celui qui a cours en droit du travail. Il est impossible de contraindre le débiteur à exécuter son savoir-faire, parce qu'étant immatériel (est intéressé ici le savoir-faire) celui ne peut exister que par l'activité du détenteur du savoir-faire. Or, il est matériellement impossible d'exercer une contrainte sur le débiteur, sauf par des mécanismes détournés tels qu'injonction et astreinte, mécanismes dont l'effectivité est limitée par la volonté du débiteur de s'exécuter.

131. La seule, et parfaitement rare, pondération porte sur les obligations extra-statutaires, tels que les pactes d'actionnaires, dont l'exécution forcée en nature peut être exceptionnellement ordonnée¹⁵³.

132. Si l'article 1142 du Code civil avait été conçu comme le fer de lance de la préservation du débiteur contre la contrainte qui pouvait être exercée sur lui¹⁵⁴, cet article est vieillissant. Il soulève aujourd'hui plus de difficultés, dans son interprétation et son application, qu'il n'édicte un régime cohérent. Il semble pouvoir être argumenté

¹⁴⁸ Cass., Civ.1^{ère}, 20 janvier 1953, JCP, édition G, 1953.7677.

¹⁴⁹ Cass., Rêq., 18 février 1903, DP, 1903.1.487.

¹⁵⁰ J.GHESTIN, M.BILLIAU, G.LOISEAU, *op. préc.*, page : 133.

¹⁵¹ « *L'exécution forcée en droit des sociétés* », A.MIGNON-COLOMBET, *Economica*, 2004, n°151 et suivants ; *A contrario*, voir la remarquable décision Cass., Rêq., 18 février 1903, prescrivant l'exécution forcée de la collaboration, à défaut de quoi l'inexécution serait sanctionnée par des dommages-intérêts.

¹⁵² J.GHESTIN, M.BILLIAU, G.LOISEAU, *op. préc.*, pages : 131 et suivantes.

¹⁵³ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*, page 60.

¹⁵⁴ En tout état de cause en est-il depuis que l'inexécution contractuelle ne peut plus être sanctionnée d'emprisonnement.

que le « *droit en perpétuel mouvement* »¹⁵⁵ a eu raison du classicisme dans lequel est enfermé l'exécution forcée en nature. Mais loin de croire que les limites étudiées démontrent l'érosion du principe plus que séculaire de l'exécution forcée en nature, elles appellent à renouveler son mécanisme pour que l'exécution forcée en nature retrouve ses lettres de noblesse.

¹⁵⁵ « *L'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente* », D.MAINGUY, note préc.

« Il me revient donc de prêcher pour les vertus de l'exécution forcée en nature, pièce maîtresse du modèle contractuel français, prolongement naturel du principe moral du respect de la parole donnée »¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Denis MAZEAUD in « *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution en nature ?* », Yves-Marie LAITHIER, Denis MAZEAUD, RDC, Lextenso, 1^{er} avril 2012, n°2, pages : 681 et suivantes.

TITRE IIÈME : APPEL AU RENOUVELLEMENT DU MÉCANISME DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

SECTION IÈRE : ANALYSE FONCTIONNELLE DE L'EXÉCUTION FORCÉE

134. L'exécution forcée semble ternie en droit français. Une comparaison apparaît judiciaire avec un droit qui ne connaît cette sanction que comme subsidiaire. C'est pourquoi, l'étude du droit anglais (A) permettra de mettre en avant les failles mais également la fonction de l'exécution forcée en nature telle que connue par le Code civil (B).

I – DROIT COMPARÉ : LA SOLUTION DU DROIT ANGLAIS

135. « *La plupart des systèmes juridiques aujourd'hui en vigueur admettent que la responsabilité civile ne débouche pas nécessairement sur une condamnation à payer des dommages-intérêts* »¹⁵⁷. Ainsi est l'approche retenue par le Code civil allemand¹⁵⁸. Néanmoins l'intérêt du droit comparé, dans la discussion sur le point de savoir quelle conception retenir de l'exécution forcée en nature, en droit français, semble s'affirmer par l'étude d'une conception miroir de celle française. Partant, plusieurs droits affirment la primauté des dommages-intérêts comme sanction de l'inexécution contractuelle¹⁵⁹. L'un devait être mis en avant, c'est pourquoi le droit anglais sera étudié dans le cadre du présent paragraphe. L'exécution forcée n'est qu'une sanction subsidiaire, justifiée par une analyse économique du contrat (B).

¹⁵⁷ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*

¹⁵⁸ « *Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle* », R.WINTGEN, RDC, 2005, pages : 217 et suivantes.

¹⁵⁹ Notamment les Etats-Unis, les pays Scandinaves et l'Angleterre.

A. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE : SANCTION SUBSIDIAIRE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

136. « *The duty to keep a contract at Common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else* »¹⁶⁰. Ainsi est résumé le droit de l'exécution forcée en droit anglais¹⁶¹.

137. Pour préciser le régime de l'exécution forcée en nature, Lord HOFFMANN la qualifie ainsi : « *a decree of specific performance is of course a discretionary remedy* »¹⁶². Ainsi, la condamnation à l'exécution forcée en nature (*specific performance*) est laissée à la libre appréciation du juge. Cependant, cela n'est que partiellement vrai.

138. Originellement, les Cours de *Common law* ne pouvaient prononcer de condamnation à l'exécution forcée. Ainsi, en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, les juges pouvaient prononcer l'action « *in debt* », celle « *for breach of a covenant* » et l'« *assumpsit* ». Seule l'action « *in debt* », relative à une obligation de donner une somme d'argent, pouvait donner lieu à ce que soit exercée l'action forcée. C'est en substance la logique que retenaient les rédacteurs du Code civil en distinguant le régime des sanctions selon que l'obligation inexécutée était de donner, de faire ou ne pas faire. En outre, il est particulièrement audacieux d'affirmer que les Cours de *Common law* prononçaient des mesures d'exécution forcée en nature à l'encontre du débiteur défaillant, alors qu'exécution en nature et par équivalent sont identiques (à considérer la même assiette).

139. Par conséquent, le créancier d'une obligation inexécutée n'a pas de droit à l'exécution forcée. A tel point que la défiance envers l'exécution forcée se ressent dans

¹⁶⁰ « *The path of law* », Justice O.W.HOLMES, 10, Harvard Law Review, 1897 : si Justice HOLMES est un juriste américain, il n'en demeure pas moins que le principe qu'il développe est applicable en droit anglais, puisqu'étant un principe de « *Common law* » et pas seulement d'*American law*, recouvrant ainsi le droit américain mais également le droit anglais (pas seulement).

¹⁶¹ Il doit, à toute fin, être précisé que la notion d'exécution forcée en nature sera entendue également des moyens d'y parvenir, telles l'astreinte et l'injonction, ce que des auteurs anglais distinguent : « *Contract Law, text, cases and materials* », E. MCKENDRICK, O.U.P, 3^{ème} édition, 2008, pages : 939-940.

¹⁶² « *Co-operative Insurance Society Ltd v ARGYLL stores* », HL, UKHL, 17, 1997.

les stipulations contractuelles. Les clauses comminatoires visant à enjoindre le débiteur d'une obligation de s'exécuter, faute pour lui de s'exposer à l'activation de la clause¹⁶³, sont interdites¹⁶⁴.

140. Rigide, le système de *Common law* a été très critiqué peu après sa naissance, notamment du fait que nombre de sujets ne parvenaient à obtenir de *writ*¹⁶⁵, ceux-ci étaient purement et simplement écartés de toutes « *remedies* » auxquels ils auraient pu prétendre.

141. C'est pourquoi ont été créées les juridictions d'« *Equity* », dans un but d'assouplissement du rigoriste *Common law*. Les litiges étaient alors tranchés en fonction de l'équité, de la bonne foi ou encore de considérations morales.

142. Très exceptionnellement donc, les plaignants se voyaient accorder un « *decree of specific performance* » qui leur permettaient d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée. A défaut de déférer au « *decree, injunctions (mandatory or prohibitory)* », le débiteur était condamné pour « *contempt of Court* »¹⁶⁶ ; ce dernier étant sanctionné d'une peine allant de l'amende à l'emprisonnement.

143. Encore aujourd'hui, l'exécution forcée en nature ne trouve que peu d'applications. Ceci s'explique « *because you have only to go into the market and buy another equally good article, and so can get your compensation. It is not because it is a chattel, but because you can get adequate compensation for it* »¹⁶⁷.

¹⁶³ Par exemple, la clause pénale qui est vue comme un remède à l'absence de l'exécution forcée comme sanction de la promesse unilatérale de vente.

¹⁶⁴ « *Cases, Materials and texts on Contract law* », H.BEALE, A.HARTKAMP, H.KÖTZ et D. TALLON, *op.préc.*, page : 871 : « *It may be suggested that by allowing penalty clauses German and French law are being consistent with their more generous approach to specific performance. English law is being consistent with its hostile approach to specific performance by not allowing penalties* ».

¹⁶⁵ Sorte d'ordre administratif permettant de voir leur cas plaider devant les Cours de *Common law*.

¹⁶⁶ Qui peut improprement être traduit par outrage à magistrat en Français.

¹⁶⁷ « *FALCKE v GRAY*, Drew 651, 1859, quoted opinion by the Vice Chancellor of the KINDERSLEY's Court, à propos d'un contrat portant sur des meubles conclu entre deux parties et dont le propriétaire a revendu les meubles à un tiers en dépit du contrat.

144. Le cœur de la justification d'un tel mécanisme est donc le caractère adéquat des dommages-intérêts. En effet, dès lors que les dommages-intérêts sont une sanction adéquate, alors il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution forcée en nature. Il en va de soit pour les choses fongibles. Par exemple, deux parties ont conclu un contrat de construction d'une piscine privée. Il était spécifié une profondeur particulière. L'ouvrage terminé, la profondeur réalisée n'était pas la même que la profondeur spécifiée. Les juges ont considéré qu'ordonner l'exécution forcée en nature (soit la démolition puis la construction d'une nouvelle) procurerait un bénéfice au créancier, alors que les dommages-intérêts étaient particulièrement adéquats en la matière¹⁶⁸.

145. Une limite à la subsidiarité de l'exécution forcée en nature peut être apportée. En matière de vente immobilière, le droit anglais considère que l'acheteur, en signant un contrat de vente immobilière, s'engage à payer le prix dans un certain délai tandis que le vendeur s'engage à donner le bien. Or, si le vendeur n'exécute pas son obligation, alors l'acheteur pourra demander l'exécution forcée¹⁶⁹. Cette limite tient à ce que le droit anglais considère que l'acheteur est titulaire, depuis la formation du contrat, de l'« *equitable title* », sorte de droit moral de propriété.

146. Si le droit anglais ne reconnaît à l'exécution forcée en nature qu'une application subsidiaire, les justifications sont à rechercher dans une analyse économique du contrat.

B. UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT

147. Tandis que le droit français connaît deux ou plusieurs personnalités qui, ensemble, créent un outil juridique ; le droit anglais y voit deux acteurs économiques qui entrent en relation d'affaire.

148. Cette affirmation d'un contrat anglais guidé par les intérêts économiques s'y confrontant sont « *des idées reçues* »¹⁷⁰. Le Professeur SEFTON-GREEN dénonce la

¹⁶⁸ *Forsyth's case*, arrêt préc.

¹⁶⁹ « *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd*, PC, UKPC, 5.

¹⁷⁰ Voir l'excellent article « *L'influence de l'analyse économique en droit anglais des contrats: le renversement des idées reçues* », Ruth SEFTON-GREEN, Actes du colloque,

conception usuelle du droit des contrats anglais comme un droit dont les vecteurs économiques sont hissés au sommet des préoccupations. Elle développe la promotion des valeurs non-pécuniaires¹⁷¹ et la moralisation du comportement des parties contractantes¹⁷².

149. S'il est vrai qu'il existe une forme de prise en compte de la morale, celle-ci se fait à travers l'allocation de dommages-intérêts. C'est à dire que l'argumentation tient pour postulat¹⁷³ que l'exécution forcée en nature (« *specific performance* ») n'est pas et ne doit pas être la sanction (« *legal remedy* ») première de l'inexécution d'un contrat par l'une des parties.

150. Il faut donc se placer en amont des « idées reçues » pour comprendre que le refus de l'exécution forcée en nature comme sanction de principe est bien fondée sur une analyse économique du contrat.

151. L'exemple emblématique est l'arrêt « *Argyll* »¹⁷⁴. Un contrat de bail commercial était conclu entre deux sociétés. Le preneur à bail avait installé au sein des locaux un supermarché. Etait inséré à ce contrat de bail une clause qui obligeait le preneur à bail à garder ouvert les locaux pour toute la durée du bail (35 ans), durant les heures communes d'ouverture. Or, le centre commercial étant déficitaire, le preneur à bail a pris la décision de le fermer, en dépit des stipulations contractuelles. Il apparaissait que les pertes à subir seraient moins lourdes en mettant un terme aux activités du centre commercial qu'en le maintenant en activité pour toute la durée du bail. La Cour d'appel avait ordonné l'exécution forcée en nature du bail.

152. La Chambre des Lords a dénié un tel droit au créancier, l'exécution forcée en nature ne pouvant être ordonnée, les conditions n'étant pas réunies.

« *L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation* », Gazette du Palais, 2005, pp. 25 -30.

¹⁷¹ Par la prise en compte du « *consumer surplus* » traduit par la réparation du « *loss of amenity* ».

¹⁷² Notamment à travers le développement des sanctions fondées sur l'« *economic duress* » et les « *restitutionary damages* ».

¹⁷³ Voir pour axiome.

¹⁷⁴ « *Co-operative Insurance Society Ltd v ARGYLL stores* », jurisprudence préc.

153. L'argumentation des Lords est particulièrement intéressante pour expliquer en quoi l'exécution forcée ne pouvait être ordonnée.

154. Premièrement, des questions pratiques empêchent que soit ordonnée l'exécution forcée en nature dès lors que le créancier le demande. Ces considérations tiennent notamment lieu en l'argument de la « *constant supervision* ». Cela revient à dire que des magistrats auraient à suivre chaque affaire dans lesquelles l'exécution forcée en nature aura été ordonnée, ce qui n'est pas souhaitable en regard du développement des coûts que cela engendrerait et du nombre d'affaires que cela intéresserait¹⁷⁵.

155. Secondement, Lord HOFFMAN a exposé que « *From a wider perspective, it cannot be in the public interest for the courts to require someone to carry on business at a loss if there is any plausible alternative by which the other party can be given compensation* »¹⁷⁶. Lord HOFFMAN, en mettant en balance, les intérêts économiques qui sont représentés par l'intérêt public et l'intérêt du créancier, démontre bien que la justice anglaise plaide pour une analyse économique du contrat. A tout le moins s'en sert-elle pour déduire que l'exécution forcée en nature porterait une atteinte trop grande aux acteurs économiques que sont les parties à un contrat.

156. Cette impression est renforcée par l'analyse du « *contempt of Court* » qui aurait portée une atteinte trop grande à la réputation du commerçant, atteinte qui se dresse contre l'exécution forcée en nature et fait barrage à sa prononciation comme sanction.

157. Selon certains auteurs abondant dans le sens d'une telle analyse, « *la rationalisation plausible pour cette divergence (entre droit français et droit anglais) se trouve dans l'intérêt anglais porté à l'efficacité commerciale du droit des contrats* »¹⁷⁷.

158. Le contrat n'est alors plus l'outil juridique par lesquelles deux ou plusieurs parties décident de s'obliger l'une envers l'autre, mais un outil économique en faveur duquel

¹⁷⁵ « *fear of floodgates* ».

¹⁷⁶ Lord HOFFMAN's opinion, *Ibid*.

¹⁷⁷ « *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* », D.HARRIS, D.TALLON, Oxford University Press, USA, 1989, page : 298, traduit par F.CALLEDE, « *Exécution forcée en nature ou par équivalent. Etude de droit comparé Droit français/ Droit anglais* », Mémoire, PARIS 2, 2010-2011, dir. D.MAZEAUD.

deux ou plusieurs parties tirent un avantage substantiel par son exécution. L'objectif, inavoué, est d'atteindre une certaine efficacité du contrat¹⁷⁸¹⁷⁹.

159. Résumant les idées de R.POSNER¹⁸⁰, le Professeur SEFTON-GREEN écrit que « *l'analyse économique du droit sert principalement à opérer des analyses de coûts et de bénéfiques pour atteindre l'efficacité maximale* »¹⁸¹. Il est évident que cette analyse ne vaut qu'en tant qu'une école de pensée de l'analyse économique du droit et qu'elle ne doit pas être considérée comme seule ayant cours. Néanmoins, l'approche économique du droit anglais des contrats se trouve fortement affirmée en regard du « *duty to mitigate* », qui interdit au créancier de se voir alloué des dommages-intérêts qui se fonderaient sur des pertes qu'il aurait pu éviter ou qu'il aurait contribué à augmenter¹⁸². L'exécution forcée en nature ne le permettant pas, il est aisément compréhensible que les juges anglais aient focalisé leur intérêt sur les dommages-intérêts, par essence plus modulables.

160. Alors que le « *sword of Damoclès* »¹⁸³ menaçant de s'abattre sur les acteurs économiques que sont les parties au contrat, le droit français a une conception plus « moraliste » puisqu'il considère que la « *parole donnée* »¹⁸⁴ prime l'intérêt du débiteur de l'obligation.

¹⁷⁸ Inavoué puisque la théorie de l' « *efficient breach of contract* », développée aux Etats-Unis, ne trouve pas d'écho positif en droit anglais des contrats ; voir « *The Ideologies of Contract law* », 1987, 7, Legal Studies, 205, nos 205 à 222.

¹⁷⁹ Voir « *Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine : un essai sur l'ascension et la chute du prestige culturel* », Ugo MATTEI, Actes du colloque, « *L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation* », Gazette du Palais, 2005, page : 743.

¹⁸⁰ « *The Bentham Presidential Address, Bentham's influence on the Law and Economics movement* », in « *Current Legal Problems* », OUP, 1998, pages : 425 et suivantes.

¹⁸¹ R. SEFTON-GREEN, article *préc.*

¹⁸² Parmi d'autres, voir « *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Ltd v Underground Electric Railways Company of London, Ltd* », HL, AC 673.

¹⁸³ Lord HOFFMAN, *Argyll's case*, *préc.*

¹⁸⁴ D.MAZEAUD, note *préc.*

II – LA PAROLE DONNÉE : CRITÈRE DE LECTURE DU DROIT FRANÇAIS

161. Historiquement, le droit français opte pour une conception *a contrario* de celle anglaise. La parole donnée, la liberté contractuelle et la force obligatoire sont les trois piliers de l'exécution forcée en nature (A). Cependant, classicisme et modernité font rarement bon ménage et le nouvel outil qu'est l'analyse économique du contrat vient bousculer les préceptes traditionnels (B).

A. LA CONCEPTION FRANÇAISE DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

162. « *On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise* »¹⁸⁵. PORTALIS dépeignait ce que le droit français retient comme fondements de sa conception de l'exécution forcée en nature.

163. En premier lieu se trouve la liberté contractuelle qui trouve son fondement dans l'article 1101 du Code civil¹⁸⁶. S'exprimant positivement, la liberté contractuelle signifie que chacun peut entrer dans un contrat ; négativement que chacun a la liberté de ne pas contracter.

164. Plus fort encore, PORTALIS fait écho à l'article 1134 du Code civil qui dispose que : « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cela signifie que dès lors que les parties entrent en relation contractuelle, celles-ci sont tenues par le contrat et doivent s'exécuter. Plus simplement, il s'agit de la force obligatoire du contrat.

¹⁸⁵ Exposé des motifs du projet relatif au contrat de vente, PORTALIS, rapporté par FENET, « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* », OSNABRÜCK, Otto ZELLER, 1968, tome 1', page : 113.

¹⁸⁶ « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres personnes, à donner, faire ou ne pas faire quelque chose* »

165. La sanction logique, pour POTHIER, serait l'exécution forcée en nature. Ainsi, c'est « *la finalité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses* »¹⁸⁷.

166. C'est ce que retient la Cour de cassation, assez récemment, lorsqu'elle condamne, au visa de l'article 1184¹⁸⁸, le constructeur d'une maison individuelle qui avait livré un bien contrevenant aux stipulations contractuelles¹⁸⁹. Malgré l'infime écart existant entre le bâti et les stipulations contractuelles, les juges du droit ont fait une application stricte de l'exécution forcée en nature comme sanction de l'inexécution contractuelle¹⁹⁰.

167. Il est acquis, en droit français, que l'adage « *pacta sunt servanda* » trouve une application particulièrement frappante.

168. En réalité, le droit français ne semble pas considérer comme une sanction l'exécution forcée en nature mais comme le prolongement logique et nécessaire du contrat¹⁹¹. Les parties ont entendu prévoir leur situation future, au moyen d'un acte juridique auquel elles ont toutes consenti. Dès lors qu'un litige survient, il appartient au juge de donner vie à ce contrat. Là est la conception française de l'effet du contrat et non plus de l'inexécution contractuelle.

169. Par conséquent, le débiteur d'une obligation qui ne s'exécute pas commet une faute qui doit être réparée au plus juste.

¹⁸⁷ « *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* », POTHIER, 1772, tome 1, page :397.

¹⁸⁸ Article 1184 du Code civil, alinéa 2 : « *Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

¹⁸⁹ Cass., Civ.3^{ème}, 11 mai 2005, Bulletin civil, III, n°103 : En l'espèce, la maison présentait une insuffisance de 0,33m par rapport aux stipulations contractuelles.

¹⁹⁰ Voir également Cass., Civ.3^{ème}, 17 janvier 1984, RTC civ., 1984, page :711 : à propos de la démolition et reconstruction d'une piscine qui ne contenait que 3 marches au lieu des 4 prévues au contrat.

¹⁹¹ *A contrario*, considérant que les dommages-intérêts sont une obligation de réparer le préjudice subi, nouvelle obligation en regard du contrat : H.MAZEAUD, L.MAZEAUD, *op. préc.*, tome I, 1934, page : 103.

170. Et la notion de justesse importe, en regard de jurisprudences récentes de la Cour de cassation¹⁹². Dans ces deux jurisprudences, la chambre commerciale et la troisième chambre civile de la Cour de cassation avaient à connaître d'inexécution dans des contrats de construction. Dans chaque affaire, les Cours d'appel s'étaient fondées sur des estimations basses pour évaluer le montant des dommages-intérêts à verser. Or, la Cour de cassation cassait les arrêts d'appel, aux motifs que : « *Violo l'article 1149 du Code civil, la cour d'appel qui, pour condamner les entrepreneurs à payer aux maîtres de l'ouvrage la somme de 52 430,07 euros au titre des travaux de reprise, retient qu'après avoir préconisé la démolition du carrelage de la chape et du plancher chauffant et leur réfection intégrale, l'expert a préconisé une solution plus douce et moins coûteuse consistant à poser un nouveau carrelage sur l'ancien entraînant une surélévation du sol d'environ deux centimètres, et engendrant, selon les clients, de nombreux désagréments, mais que cette seconde proposition est conforme aux dispositions du cahier des prescriptions techniques de pose collée des revêtements céramiques, et que le risque que le plancher chauffant remplisse mal son office n'est étayé par aucune pièce ; alors qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas replacé les maîtres de l'ouvrage dans la situation où ils se seraient trouvés si l'immeuble avait été livré sans vices* » (1^{er} arrêt) ; et « *En calculant les dommages-intérêts comme elle l'a fait, après avoir retenu que l'entrepreneur et l'architecte avaient engagé leur responsabilité en étant défaillants dans l'exécution de leur obligation de réaliser l'objectif convenu, la cour d'appel, qui a constaté que le remplacement du four était la seule solution pour résoudre le problème de circulation au sein des lieux, n'a ni procuré un enrichissement au client ni accordé à ce dernier une indemnisation excédant le préjudice subi* » (2nd arrêt).

171. Dans les deux hypothèses est mise en lumière la difficulté d'apprécier un équivalent au plein effet du contrat. Pour un auteur, « *les dommages-intérêts (doivent être conçus) comme reflet de l'exécution forcée en nature* »¹⁹³. L'allocation de dommages-intérêts est donc naturellement conçue comme subsidiaire à l'exécution forcée en nature.

¹⁹² Cass. 3^e civ., 27 mars 2012, n° 11-11798, F-D ; Cass. com., 7 févr. 2012, n° 10-20937, F-D.

¹⁹³ « *Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature* », GENICON, Revue des contrats, 1^{er} juillet 2012, n°3, page : 773.

172. En outre, ces deux arrêts démontrent que l'exécution forcée en nature est historiquement la sanction (ou l'effet) le plus symbolique de l'entrée en relation contractuelle.

173. L'exécution forcée en nature « reflète parfaitement l'idée selon laquelle, dans le modèle contractuel français, le contrat est autre chose qu'une valeur qui ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché »¹⁹⁴.

174. D'application semblerait-il rigide à un juriste anglais, les effets du contrat tels que conçus en droit français ne supportent pas l'entropie. Et c'est pourtant cette dernière qui est reflétée par le vieillissant article 1142 du Code civil. L'exécution forcée en nature a été conçue comme la sanction de principe de l'inexécution contractuelle : obligeant le débiteur à s'exécuter, il ne confère pas d'avantage autre que celui auquel le créancier pouvait légitimement prétendre à la vue des stipulations contractuelles.

175. La grille de lecture qu'offre les principes historiques et traditionnels du droit des contrats apparaissent abonder dans le sens de l'exécution forcée en nature comme sanction de principe. Mais il semble qu'une limite moderne intervienne en terme d'utilité économique du contrat. Il convient donc d'en définir les contours pour démontrer que si l'analyse économique du contrat est souhaitable, elle ne doit pas l'être à tout prix.

B. LES DIFFICULTÉS ENGENDRÉES PAR LE PRISME DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE

176. L'analyse économique du contrat est un outil développé par l'École de Chicago dans les années 1960. Plus récemment, Bruno OPPETIT écrivait que « *les rapports du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque* »¹⁹⁵.

¹⁹⁴ D.MAZEAUD, note précitée.

¹⁹⁵ B.OPPETIT, Archives de philosophie du droit, tome 37, Sirey, 1992.

177. Deux axes de réflexion sont en réalité envisageables et méritent d'être distingués. Premièrement, le droit prend en compte les réalités économiques mais il est également possible d'envisager de lire le droit à travers une grille de lecture économique¹⁹⁶.

178. Le contrat est un outil d'échanges, que ce soit d'idées, de biens, de services¹⁹⁷. Partant, les parties à un contrat présentent plusieurs qualités : créancier ou débiteur mais également acteurs économiques dont le contrat est un vecteur d'interactions socio-économiques imbriqué dans un plus vaste ensemble.

179. Comme le souligne Guy CANIVET¹⁹⁸, l'analyse économique du droit offre une critique de ce dernier de quatre points de vue : fonctionnel, dynamique, comparatif et prédictif. L'objet de ce mémoire n'étant pas l'objet du colloque concerné, seul l'un des critères sera développé.

180. Le critère fonctionnel permet d'opérer une analyse de l'objet concerné (en l'espèce du droit des contrats) selon les objectifs qu'ils appellent à réaliser. Cela revient à chercher, par exemple en droit des contrats et plus particulièrement du point de vue de leurs sanctions, quelle sanction doit être privilégiée en regard de quel objectif visé. Il doit donc être recherché les objectifs à atteindre.

181. Historiquement, la réponse tient de la lapalissade puisqu'il s'agit de l'intérêt général, *a contrario* cela signifie que ne doivent pas être privilégiés les intérêts d'un seul individu.

182. *A priori*, le droit français y satisfait. En effet, le juge ne statue qu'en droit et ne saurait motiver une décision sur de simples considérations économiques. Cette indifférence se fonde sur la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat qui préviennent toutes tentatives de justification économique d'inexécution contractuelle. Par exemple, la société qui avait décidé de rompre un contrat de concession à durée

¹⁹⁶ C'est d'ailleurs le plan adopté par Guy CANIVET, dans l'introduction au Colloque « Analyse économique du contrat », La gazette du palais, recueil mars-avril 2005, page : 715.

¹⁹⁷ « *Le contrat en tant qu'échange économique* », J.GHESTIN, Economie industrielle, 2000, page : 81.

¹⁹⁸ *Ibid.*

déterminée (pour des considérations économiques) s'est vue condamnée à reprendre l'exécution du contrat¹⁹⁹. Cela n'empêche naturellement pas le juge de prononcer des décisions qui prennent en compte des considérations économiques²⁰⁰.

183. Cependant, la prise en compte de l'économie par le contrat ne doit pas aboutir à un diktat de l'économie sur les principes moraux qui président à la conclusion d'une convention.

184. C'est pourtant la réception qui est faite en FRANCE de la théorie de la violation efficace développée Outre-Manche²⁰¹. Il s'agit de considérer qu'il serait « salutaire »²⁰² pour le débiteur de l'obligation de s'exonérer *per se* de ses obligations, faisant fi des engagements contractuels pris.

185. La même analyse se retrouve dans les mots d'un auteur pour justifier de l'octroi de dommages-intérêts au promettant qui se rétracte plutôt qu'ouvrir la voie à l'exécution forcée en nature²⁰³. Une telle argumentation ne saurait devoir prospérer. Elle viendrait placer les intérêts d'un individu au-dessus des préceptes moraux qui guident le droit des contrats, ce qui n'est pas à espérer²⁰⁴.

186. La violation du contrat à des fins lucratives, si elle trouve quelque écho en FRANCE, semble être limitée mais appelée à un avenir prometteur en FRANCE tant elle serait, d'un point de vue des acteurs économiques, une chance de s'extraire du carcan juridique qu'ils ont pourtant participé à créer.

¹⁹⁹ Cass., Civ.1^{ère}, 16 mars 2004, Bulletin civil, I, n°86.

²⁰⁰ Par exemple, les décisions relatives à la loi DUTREIL du 1^{er} mars 2003 relative aux cautionnements conclus entre professionnels et particuliers.

²⁰¹ « *Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency* », R.L. BIRMINGHAM, 1970.

²⁰² « *L'analyse économique du contrat par le juge civil* », Y.-M.LAITHIER, Colloque préc., La Gazette du Palais, recueil préc., pages : 722 et suivantes.

²⁰³ D.MAINGUY, note *préc.*

²⁰⁴ Sauf, selon le Professeur LAITHIER, à ce que l'analyse économique recoupe l'analyse morale en conférant une fonction punitive à la sanction de l'inexécution contractuelle, la rapprochant du droit anglais sur ce point, *Ibid.*

187. L'analyse économique, au sein de ce mémoire, n'est toutefois pas vaine. Elle permet de mettre en lumière ce qui peut être qualifié de boîte de Pandore de l'exécution forcée en nature : la politique.

188. Car il s'agit bien de déterminer quels objectifs doivent être poursuivis par le droit des contrats pour que puisse s'appliquer le critère fonctionnel de l'analyse économique des contrats. Il s'agit bien d'une affaire de politique juridique et non plus de droit technique.

189. Une solution pourrait cependant se détacher. Celle de laisser à l'appréciation du juge la possibilité de prononcer l'exécution forcée en nature, dès lors qu'elle lui est demandée²⁰⁵.

190. Force est de constater que tant d'un point de vue technique que d'un point de vue fonctionnel, l'exécution forcée en nature se trouve prise au cœur d'un système qui ne cesse de croître et d'évoluer. Satisfaisante à plus d'un titre, l'exécution forcée en nature ne trouve plus sa place. Elle mérite pourtant d'être réinscrite dans un dynamisme qui lui rendrait ses plus beaux atours.

²⁰⁵ P.-Y.LAITHIER, *commentaire préc.*, P.-Y.LAITHIER et D.MAZEAUD.

SECTION II^{ÈME} : ESSAI DE RÉAFFIRMATION DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

191. Si « *le droit actuel procède du passé* »²⁰⁶ il est indubitable que son intérêt réside dans les effets qu'il crée pour l'avenir. En ce sens, une relecture de l'article 1142 du Code civil paraît particulièrement pertinente (I), dans l'objet de mettre en relief les propositions existantes *de lege feranda* (II).

I – LA RELECTURE DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL QUANT AUX OBLIGATIONS NON PÉCUNIAIRES

192. La plus belle œuvre de relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil est sans doute celle de P.WÉRY qui ne s'attache nullement à écarter l'article 1142 du Code civil mais au contraire à y trouver les solutions aux problèmes auxquels se heurte le droit positif (A). Les échos qui se sont faits de sa thèse prouvent tout l'intérêt qu'il faut lui porter (B).

A. LA THÈSE DÉFENDUE PAR PATRICK WÉRY

193. L'année 1993 marque sans aucun doute un tournant dans la perception de l'exécution forcée en nature. Alors que, il l'a été vu²⁰⁷, l'article 1142 du Code civil, dans son interprétation traditionnelle, marque la césure dans le traitement de l'inexécution contractuelle, P.WÉRY se propose une relecture audacieuse, qu'il fonde sur une impressionnante analyse historique de l'exécution forcée en nature²⁰⁸.

194. Pour cet auteur, l'article 1142 du Code civil ne trouve effet que dès lors que le débiteur ne défère pas à la condamnation à l'exécution forcée en nature qu'il s'est vue infliger. Le raisonnement se tient alors en deux temps, pour conclure en une réécriture de l'article 1142 du Code civil.

195. Premièrement, l'article 1142 du Code civil ne fait nullement obstacle à ce que les juges prononcent une condamnation à exécution forcée en nature, quelque fût la nature

²⁰⁶ « *Principes de droit civil* », F.LAURENT, tome I, BRUXELLES-PARIS, tome 1, page : 43.

²⁰⁷ Voir supras n°165 et suivants.

²⁰⁸ P.WÉRY, *thèse préc.*

de l'obligation inexécutée, si le créancier le demande : « *Selon nous, le juge a, dès lors qu'il existe une obligation valable qui n'est pas encore éteinte, le pouvoir d'intimer au débiteur d'exécuter celle-ci en nature* »²⁰⁹. Rejetant la dichotomie traditionnelle consistant à exprimer des objections quant à l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire, P.WÉRY pose la question de savoir s'il n'est pas « *de l'essence de toute obligation civile d'être exécutée prioritairement in specie ?* ».

196. Parmi les nombreux arguments et exemples qui étaient sa thèse, il est possible d'en retenir deux²¹⁰. Tout d'abord, et il semble qu'il faille le rejoindre sur ce point, cette thèse s'articule parfaitement comme prolongement de la volonté des parties telle qu'elle est lisible dans l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil. Ensuite, parce que l'article 1228 du Code civil relatif aux clauses pénales²¹¹ prévoit que le créancier peut choisir de poursuivre l'exécution de l'obligation principale. Or, souligne P.WÉRY à juste titre, cela ne peut avoir un sens que si « *le juge dispose d'un pouvoir d'injonction* ».

197. Les seules conditions à l'exécution forcée en nature seraient donc qu'il existe une obligation valable et qui n'est pas encore éteinte. La demande, par le créancier de l'obligation, de l'exécution forcée en nature a alors le « *devoir* » d'ordonner celle-ci²¹². *A contrario*, le créancier n'a pas de « *devoir* » de demander l'exécution forcée en nature. Il lui est laissé une simple faculté discrétionnaire. Celui-ci peut en effet demander application des articles 1143²¹³ ou 1144²¹⁴ du Code civil, encore d'autres techniques dont il importe peu de dresser la liste ici.

²⁰⁹ P.WÉRY, *thèse préc.*, page : 367.

²¹⁰ P.WÉRY, *thèse préc.*, page : 206.

²¹¹ « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* ».

²¹² P.WÉRY, *thèse préc.*, page : 368.

²¹³ Article 1143 du Code civil : « *Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu* ».

²¹⁴ Article 1144 du Code civil : « *Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ».

198. L'influence de l'article 1142 du Code civil se trouve alors réduite à néant dans cette première approche. Mais c'est après que le juge ait ordonné l'exécution forcée en nature qu'il va trouver à s'appliquer, dans un souci de préservation des libertés du débiteur.

199. Selon P.WÉRY, la formule finale de l'article 1142 du Code civil (« *en cas d'inexécution* ») ne signifie pas l'inexécution de l'obligation contractuelle mais l'inexécution de la condamnation à exécuter. Parmi d'autres, l'auteur invoque l'éminente autorité de POTHIER qui a pu écrire que « *le juge, sur cette demande, prescrit un certain temps dans lequel le débiteur sera tenu de faire ce qu'il a promis ; et, faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamnera aux dommages et intérêts* »²¹⁵.

200. L'adage « *nemo praecise cogi ad factum* » fonde alors la limite de ce qui est envisageable. Il n'est pas envisageable que le débiteur fût contraint, au-delà de certaines limites constituées notamment par les libertés individuelles dont il jouit, d'exécuter l'obligation contractuelle. C'est pourquoi, serait-il envisageable une « *contrainte par substitution* »²¹⁶, qui prendrait forme à travers l'astreinte, la remise *manu militari* d'un corps certain, le jugement valant acte du débiteur. La limite serait alors celle du « *caractère personnel de l'obligation en souffrance* ». Dès lors que la limite serait atteinte, le seul chemin empruntable serait celui des dommages-intérêts.

201. Réaffirmation de la primauté de l'exécution forcée en nature, l'interprétation de l'article 1142 du Code civil par P.WÉRY est fidèle non seulement à l'analyse historique du droit de la responsabilité contractuelle, mais encore semble t'elle permettre de retrouver une cohérence quant à la politique juridique à mettre en place, vue à travers le prisme fonctionnel de l'analyse économique du droit des contrats.

202. Enfin, il ne saurait être conclu sur cette thèse sans envisager *de lege feranda* la finalité de l'œuvre de P.WÉRY, à savoir la réécriture de l'article 1142 du Code civil qui pourrait ainsi se lire²¹⁷ :

²¹⁵ POTHIER, *op. préc.*, tome I, n°146.

²¹⁶ P.WÉRY, *thèse préc.*, pages : 122 à 127.

²¹⁷ L'assiette dudit article s'étendrait aux obligations de donner non pécuniaires et confondrait les articles 1142 et 1144 du Code civil en un même texte.

« 1. Le créancier a le droit d'obtenir la condamnation de son débiteur à exécuter en nature l'obligation.

2. En cas d'inexécution de la condamnation dans le délai prescrit par le juge, le débiteur est condamné aux dommages-intérêts en résultant.

3. Lorsque l'obligation inexécutée s'y prête, le créancier a néanmoins le droit, s'il le préfère, d'obtenir du juge l'autorisation d'exécuter lui-même ou de faire exécuter par un tiers cette obligation, aux dépens du débiteur, sans préjudice s'il y a lieu, de tous dommages-intérêts.

Le créancier a aussi le droit d'obtenir du juge l'autorisation de détruire lui-même ou de faire détruire par un tiers, aux dépens du débiteur, ce que celui-ci a fait en contravention de son obligation, sans préjudice, s'il y a lieu, de tous dommages-intérêts.

Le créancier peut réclamer la condamnation du débiteur au paiement d'une provision.

4. S'il y a urgence, le créancier peut, sans autorisation judiciaire préalable mais dans les limites de la bonne foi, se substituer ou substituer autrui au débiteur défaillant, aux dépens de celui-ci.

5. Plutôt que de réclamer la condamnation du débiteur à l'exécution en nature, le créancier peut assigner celui-ci en paiement de dommages et intérêts compensatoires ou réclamer l'autorisation visée au point 3.

Toutefois, si le débiteur manifeste le souhait de s'exécuter en nature et que cette offre soit jugée satisfaisante, le créancier devra recevoir celle-ci »²¹⁸.

203. Cette analyse moderne fondée sur les préceptes classiques du droit de l'exécution forcée trouve écho parmi des auteurs enthousiastes à l'idée d'une telle réinterprétation de l'article 1142 du Code civil.

B. LA RÉCEPTION DE CETTE INTERPRÉTATION

204. Il convient d'évacuer la question de la réception de cette thèse en droit positif, puisque celle-ci ne trouve, pour l'instant, aucun écho *de lege lata*. Pour récente qu'elle soit, la jurisprudence continue d'opérer une distinction entre les obligations dont le juge

²¹⁸ P.WÉRY, *thèse préc.*, page : 373.

s'autorise à prononcer l'exécution forcée en nature et celles auxquelles ils rechignent à une telle solution.

205. Cependant, en doctrine la thèse semble bien reçue. Contrant l'idée d'un principe vide de sens et d'un article qui a perdu tout intérêt, conjointement toute application, la thèse de P.WÉRY « *Au lieu de voir dans l'article 1142 une prohibition de l'exécution en nature (...) il donne à ce texte la portée d'un véritable principe, l'affirmation du droit aux dommages et intérêts dont la portée est effectivement tout à fait générale* »²¹⁹.

206. C'est en effet le premier avantage d'une telle thèse, à savoir le renversement de paradigme pour faire d'une prohibition de principe, la faculté de principe, redonnant ainsi sens et vigueur à l'article 1142 du Code civil : « *le second avantage que l'on peut reconnaître à la doctrine de M.WÉRY, c'est qu'elle évite l'incohérence consistant à poser en principe la prohibition de l'exécution en nature tout en reconnaissant que les exceptions absorbent presque entièrement ce principe* »²²⁰.

207. D'autres auteurs mettent en avant l'avantage de la « *dispense de recherche d'un critère permettant de cerner la catégorie des obligations de faire ou de ne pas faire* »²²¹. Responsable de débats doctrinaux intenses, ouvrant la voie à une jurisprudence éclatée²²², ces catégories, du moins en ce qui concerne l'exécution forcée en nature, disparaîtraient, permettant de retrouver une certaine cohérence dans le prononcé des sanctions de l'inexécution contractuelle.

208. Enfin, a pu être soulignée la parfaite compatibilité avec la lettre de l'article 1142 du Code civil mais également sa codification, en ce qu'elle « *consiste à lire la formule légale comme permissive et non comme impérative* »²²³.

209. Deux auteurs proposent d'aller encore plus loin en dispensant le créancier d'avoir *a priori* à faire condamner le débiteur de l'obligation inexécutée en exécution forcée en

²¹⁹ G.VINEY, Etude de droit comparé, *op. préc.*, page : 175.

²²⁰ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*, page 53.

²²¹ *Ibid.*

²²² Notamment sur les solutions opposées retenues par la jurisprudence en matière de pacte de préférence et de promesse unilatérale de vente.

²²³ *Ibid.*

nature pour obtenir l'allocation de dommages-intérêts²²⁴. Mais il semble pourtant qu'il s'agisse là d'une proposition de P.WÉRY qui expose que le créancier n'a pas de devoir à l'exécution forcée²²⁵ mais qu'il dispose de la faculté de demander l'exécution forcée en nature, de manière discrétionnaire. En tout état de cause, cela souligne la convergence d'une partie de la doctrine vers cette thèse.

210. Bousculant le classicisme d'un article vieillissant, l'interprétation nouvelle a le mérite de la logique. Ne reste qu'à évoquer l'avenir, *de lege feranda*, d'un principe qui mérite de retrouver la place qui lui est due.

II – L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DE LEGE FERANDA

211. La nécessité de retrouver un sens cohérent à l'article 1142 du Code civil n'a pas échappé aux auteurs des projets de réforme au droit des obligations ; pas même à la Commission européenne qui affiche sa volonté d'atteindre un droit européen des contrats (A). Si les initiatives sont pour la plupart à saluer, une modeste analyse critique peut mettre en lumière les quelques dangers qui guettent la « sur réinterprétation » du régime de l'exécution forcée en nature (B).

A. LECTURE DES PROJETS DE RÉFORME

212. Tels qu'enseignés, les projets de réforme de droit des obligations sont nécessairement ceux mis en avant en droit interne et latents depuis de nombreuses années²²⁶. Cependant, c'est oublier le projet européen de réforme du droit des contrats qui revêt une importance toute particulière²²⁷. En effet, le droit de l'Union européenne s'imposant aux droits internes des Etats, la concomitance des projets appellent à relativiser ceux internes. Si ces derniers trouvent finalement application, ce n'est qu'en

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Voir *supras* n°60 et suivants.

²²⁶ Projet CATALA, « *avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)* » remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 ; Projet de la Chancellerie, « *projet de réforme du droit des contrats* », juillet 2008 ; Projet TERRÉ, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « *Thèmes & commentaires* », 2011 2010.

²²⁷ « *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente* », 12 octobre 2011, COM (2011), 635, final.

tant que le droit de l'Union européenne leur permettra de vivre dans le droit interne français et ne viendra pas les contredire, faute pour eux de devoir céder la place au droit européen.

213. En conséquence de quoi, si l'ensemble des projets présente une importance quant à l'étude de l'objet de ce mémoire, le droit européen sera particulièrement envisagé.

214. Une première digression doit être faite. Il pourrait être objecté à l'argument selon lequel le droit de l'Union européenne prévaudrait sur ceux présents dans les projets français de réforme de droit des contrats que le projet européen ne se réfère qu'aux contrats de vente. En réalité, la Commission européenne ne trompe personne en limitant la portée du présent projet tant le droit qui y est développé paraît devoir s'extirper du carcan de la vente pour s'épanouir comme droit européen des contrats^{228 229}. La Commission européenne avait par là-même publié un livre vert pour défendre l'option d'un droit européen des contrats, affichant par là-même sa volonté de poursuivre dans la voie de l'harmonisation globale²³⁰. Le doute n'est donc pas permis²³¹.

215. Sur la forme, ce projet expose dans une partie IV intitulée « *Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique* » les moyens d'action des parties. Toutefois, il est intéressant de voir que la Commission a, dans son plan, mis en miroir les obligations d'une partie avec les moyens d'action de la partie cocontractante²³². Il est possible de voir que la Commission

²²⁸ Rejoignant ainsi une opinion qui semble être majoritaire, comme le souligne Carole AUBERT de VINCELLES, « *Naissance d'un droit commun européen des contrats* », RTD eur., 2012, pages : 661 et suivantes : « *Si cette proposition limite son application aux contrats de vente, c'est un véritable droit commun européen des contrats qui est proposé* ».

²²⁹ N'est-ce pas d'ailleurs POTHIER qui rédigeait son œuvre en l'intitulant *Traité des obligations et Traité du contrat de vente* comme pour souligner l'intrication entre les deux ?

²³⁰ « *Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises* », Commission européenne, 1^{er} juillet 2010.

²³¹ « *Réponses au livre vert sur le droit européen des contrats* », C.AUBERT de VINCELLES, RTD eur., 2011, pages : 615 et suivantes.

²³² Le chapitre 10 se réfère aux « *obligations du vendeur* » puis suit le chapitre 11 dénommé « *Moyens d'action à la disposition de l'acheteur* » ; le même raisonnement est suivi en sens inverse : chapitre 12 : « *obligations de l'acheteur* », suivi du chapitre 13 : « *moyens d'action à la disposition du vendeur* ».

européenne interprète les sanctions naturelles de l'inexécution contractuelle comme un prolongement du contrat. Mais elle ne se réfère jamais dans son plan à « l'effet des obligations », ce que fait le Code civil français.

216. Pourtant, cette analyse semble se confirmer à la lecture des moyens d'action laissés au créancier. Ainsi, le vendeur :

« 1. En cas d'inexécution d'une obligation par l'acheteur, le vendeur peut prendre une ou plusieurs des mesures suivantes:

(a) exiger l'exécution en vertu de la section 2 du présent chapitre;

(b) suspendre sa propre exécution en vertu de la section 3 du présent chapitre;

(c) résoudre le contrat en vertu de la section 4 du présent chapitre; et

(d) réclamer des intérêts sur le prix ou des dommages et intérêts en vertu du chapitre 16.

2. Si l'inexécution de l'acheteur bénéficie d'une exonération, le vendeur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énoncés au paragraphe 1, sans toutefois pouvoir exiger l'exécution en nature ni réclamer des dommages et intérêts.

3. Le vendeur ne peut recourir à aucun des moyens d'action énoncés au paragraphe 1 dans la mesure où il a provoqué l'inexécution de l'acheteur.

4. Les moyens d'action qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés.»²³³

tandis que l'acheteur :

« 1. En cas d'inexécution d'une obligation par le vendeur, l'acheteur peut prendre une ou plusieurs des mesures suivantes:

(a) exiger l'exécution, qui recouvre l'exécution en nature, la réparation ou le remplacement du bien ou du contenu numérique, en vertu de la section 3 du présent chapitre;

(b) suspendre sa propre exécution en vertu de la section 4 du présent

²³³ Article 131 du Projet européen de règlement, « *Aperçu des moyens d'action du vendeur* ».

chapitre;

(c) résoudre le contrat en vertu de la section 5 du présent chapitre et réclamer le remboursement de tout prix déjà payé, en vertu du chapitre 17;

(d) réduire le prix en vertu de la section 6 du présent chapitre; et

(e) réclamer des dommages et intérêts en vertu du chapitre 16.

2. Si l'acheteur est un professionnel:

(f) les droits de l'acheteur d'exercer tout moyen d'action, à l'exception du droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation, sont subordonnés au droit de correction du vendeur prévu à la section 2 du présent chapitre; et

(g) les droits de l'acheteur d'invoquer le défaut de conformité sont soumis aux exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du présent chapitre.

3. Si l'acheteur est un consommateur:

(h) les droits de l'acheteur ne sont pas soumis au droit de correction du vendeur; et

(i) les exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du présent chapitre ne s'appliquent pas.

4. Si l'inexécution du vendeur bénéficie d'une exonération, l'acheteur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 sans pouvoir exiger l'exécution en nature et des dommages et intérêts.

5. L'acheteur ne peut recourir à aucun des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 dans la mesure où il a provoqué l'inexécution du vendeur.

6. Les moyens d'action qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés.»²³⁴.

217. Si les moyens d'action diffèrent, selon la qualité de la partie demanderesse²³⁵, il est notable que toutes deux disposent de la faculté d'« exiger » l'exécution en nature de l'obligation inexécutée²³⁶.

²³⁴ Article 106 du Projet de règlement européen, « *aperçu des moyens d'action de l'acheteur* ».

²³⁵ Probablement dans un souci de protection de la partie la plus faible au contrat, comme en témoigne ce projet dans la droite ligne de la directive européenne 2011/83/UE ; voir notamment C.AUBERT de VINCELLES, 2012, *note préc.*

218. Cependant, la Commission européenne marque des limites très fortes à cette faculté d'exécution forcée en nature, pour des raisons morales ou économiques²³⁷. Un auteur a pu dire que les limitations au droit à l'exécution s'inspirent de la philosophie de l'abus de droit²³⁸.

219. Plusieurs remarques peuvent être formulées pour conclure sur le projet de droit européen des contrats. Premièrement, l'exécution forcée en nature est affirmée dans sa primauté. Deuxièmement, le projet ne distingue pas selon les obligations. Troisièmement, les limites apportées à l'exécution forcée en nature dans le projet de règlement européen sont, pour certaines d'entre elles connues du droit français (limites morales tendant à l'impossibilité de l'exécution forcée en nature ; voire légale car ne peuvent être condamnés à exécuter les débiteurs d'obligations illicites) et pour d'autre parfaitement inconnue (il s'exprime, à travers l'article 132 du projet de règlement européen et la limite économique à l'exécution forcée, la notion d' « *unjust enrichment* » connue du droit anglais et développée pour nier la primauté de la « *specific performance* »).

²³⁶ Cette analyse doit se faire avec réserves à en croire les vocables utilisés : dans l'article 131 est utilisé le terme d' « exécution » tandis qu'est précisé à l'article 106 le terme d' « exécution en nature ».

²³⁷ Article 110 du Projet de règlement européen, « *demande d'exécution des obligations du vendeur* » : « 1. *L'acheteur est en droit d'exiger l'exécution des obligations du vendeur.*

2. *L'exécution susceptible d'être exigée comprend la correction, sans frais, d'une exécution non conforme au contrat.*

3. *L'exécution ne peut être exigée lorsque:*

(a) *l'exécution est impossible ou devenue illicite; ou*

(b) *la charge ou les dépenses induites par l'exécution seraient disproportionnées par rapport au bénéfice que l'acheteur en retirerait ».*

Article 132 du Projet de règlement européen, « *demande d'exécution des obligations de l'acheteur* » : « 1. *Le vendeur a le droit d'obtenir paiement du prix lorsqu'il est exigible, et d'exiger l'exécution de toute autre obligation contractée par l'acheteur.*

2. *Lorsque l'acheteur n'a pas encore pris possession du bien ou du contenu numérique et qu'il est manifeste que l'acheteur n'acceptera pas de recevoir l'exécution, le vendeur peut néanmoins exiger de l'acheteur qu'il prenne livraison, et obtenir paiement du prix à moins que le vendeur n'ait eu la possibilité d'effectuer une opération de remplacement raisonnable sans efforts ni frais appréciables ».*

²³⁸ Malgré l'antériorité du propos, la remarque demeure valable : G.VINEY, *Etude de droit comparé, op. préc.*, page : 184.

220. Les projets français vont, quant à eux, dans le sens de la disparition de l'obstacle qu'est l'interprétation traditionnelle de l'article 1142 du Code civil. Aucun d'eux ne retient le texte, tel qu'existant actuellement, dudit article.

221. L'avant-projet CATALA²³⁹ et l'avant-projet de la Chancellerie²⁴⁰ retiennent « *en principe l'exécution en nature des obligations de faire et pour l'avenir des obligations de ne pas faire* »²⁴¹. Le projet TERRÉ²⁴² confère au créancier des options dont il dispose quant à sa demande. Ces options portent soit sur l'exécution forcée en nature, la suspension de l'exécution de sa propre obligation, la réduction du prix, la résolution du contrat ou les dommages et intérêts.

222. Les auteurs de ce dernier projet précisent que « *Le texte exclut une hiérarchisation a priori des remèdes. Mais la préférence pour l'exécution en nature se marque par plusieurs règles : exécution forcée à chaque fois que cela est possible (article 105), facilitation du remplacement à l'initiative du créancier (article 106), faculté de correction*

²³⁹ Article 1154, avant-projet CATALA : « *L'obligation de faire s'exécute si possible en nature.*

Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.

En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur.

À défaut, d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts ».

Article 1154-1, avant-projet CATALA : « *L'inobservation d'une obligation de ne pas faire se résout de plein droit en dommages-intérêts du seul fait de la contravention, sauf le droit pour le créancier d'en exiger à l'avenir l'exécution en nature* ».

²⁴⁰ Article 162, avant-projet de la Chancellerie : « *Le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou si son coût en est manifestement déraisonnable.*

À défaut d'exécution forcée en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts ».

Article 163, avant-projet de la Chancellerie : « *La seule inobservation d'une obligation de ne pas faire peut donner lieu à des dommages et intérêts.*

Le créancier peut également exiger l'exécution en nature de cette obligation pour l'avenir ».

²⁴¹ P.JOURDAIN, G.VINEY, *op. préc.*

²⁴² Article 97 du projet TERRÉ : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix selon les circonstances, de poursuivre contre l'autre l'exécution forcée en nature de l'engagement, de suspendre l'exécution de sa propre obligation, de réduire le prix, de résoudre le contrat, ou de réclamer des dommages et intérêts.*

Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; des dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes ».

de l'exécution non conforme offerte au débiteur (article 99), faculté pour le créancier d'accepter l'exécution non conforme en réduisant le prix (article 107) ».

223. Il est à noter que les fondements traditionnels n'évoluent pas, à en regarder l'avant-projet de la Chancellerie : inclus dans le chapitre « *Principes Directeurs* », figurent la liberté de contracter ou de ne pas contracter²⁴³, la bonne foi²⁴⁴ et la force obligatoire du contrat²⁴⁵.

224. Les projets, quelques qu'ils soient, bouleversent donc l'exécution forcée en nature telle que connue aujourd'hui. Une analyse critique de ceux-ci en regard des maux évoqués doit permettre d'ériger l'exécution forcée en nature comme la sanction de principe, préférable à plus d'un titre.

B. ANALYSE CRITIQUE DES PROJETS

225. Les dissensions portaient essentiellement sur la question de savoir quelles étaient les obligations soumises à l'exécution forcée en nature. Entre obligations de donner, de faire ou de ne pas faire devait se dresser un mur que la jurisprudence, malgré toute sa force, ne parvient à dépasser. C'est ainsi que se sont dessinés les régimes dérogatoires à l'exécution forcée en nature. Tantôt fondés sur une lecture stricte de l'article 1142 du Code civil, tantôt trouvant leur source dans des objectifs dépassant le simple intérêt du créancier, ces régimes dérogatoires mettent en lumière la crise d'une politique juridique qui navigue dans le flou de son objet.

226. Les différents projets et avant-projets diffèrent dans le critère fonctionnel choisis. Le projet européen semble tendre vers un renforcement du pouvoir économique de l'acheteur, parti la plus faible au contrat, en envisageant la relation de professionnel

²⁴³ Article 15, avant-projet de la Chancellerie : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ».

²⁴⁴ Article 18, avant-projet de la Chancellerie : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* ».

²⁴⁵ Article 17, avant-projet de la Chancellerie : « *Le contrat légalement formé s'impose aux parties qui ne peuvent ni le révoquer ni le modifier unilatéralement. Chacune d'elles peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ».

(créancier) à consommateur (débiteur). Les difficultés qui se dessinent et la distinction d'objectifs qui se crée d'avec les projets internes peuvent être compris en rapportant le projet européen à ce qu'il est : dessiné pour le contrat de vente entre professionnel et consommateur. S'il est un véritable essai de législation européenne en matière de contrats, il ne constitue que les prémices de celui-ci et ne doit être interprété comme la prémisse du droit européen des contrats.

227. Quant aux projets internes, le critère fonctionnel retenu apparaît inchangé en regard de celui préexistant : le respect de la parole donnée. Il ne faut que s'en féliciter puisqu'il s'agit d'exposer la force de la rencontre de deux consentements (voire de la promesse d'un seul) et d'en tirer toutes conséquences. Les parties ont des attentes légitimes et celles-ci doivent être reconnues. Or, elles seraient oubliées à en favoriser la réparation par équivalent au détriment du respect de ce qui constitue l'un des socles du droit des contrats français. La solution peut être rude, mais à regarder la jurisprudence sur la révision pour imprévision, la solution apparaît plus juste qu'elle n'est attentatoire à la liberté du créancier.

228. Naturellement, ainsi que le rapporte les différents projets, l'exécution forcée en nature ne doit pas franchir le Styx et porter ainsi atteinte aux libertés essentielles du débiteur. C'est pourquoi les limites doivent être portées à la condamnation à l'exécution forcée. Mais si limites il y a, elles devraient être interprétées restrictivement. Car la réparation par équivalent se prête mal, en réalité, au jeu de l'équivalent. Comment évaluer les préjudices subis par un créancier victime de la rétractation prématurée du promettant ? Si des règles de calculs tendent à s'en approcher, nul ne saurait objecter qu'elles n'atteindront jamais la justesse de l'exécution forcée en nature, qui est par essence ce que le créancier attendait. Les dommages-intérêts peuvent naturellement venir réparer des préjudices subis par le créancier (retard, dégradation, ...) mais alors, cela relèverait de la réparation et non plus de l'exécution du contrat.

229. Il faut toutefois reconnaître les mérites de projets de réforme qui ont entendu les appels à l'abandon de pratiques devenus un principe, réformant l'article 1142 du Code civil. Si la distinction demeure, elle n'est plus un obstacle à l'exécution forcée en nature mais trouve en réalité sa force dans l'exécution de la condamnation à exécuter

l'obligation inexécutée. Cela est souhaitable à plus d'un titre, comme l'a parfaitement analysé P.WÉRY, dans sa thèse, qui mériterait sans doute de récolter les fruits de son travail.

230. La critique négative se portera sur la question de savoir s'il est opportun que la condamnation à exécution forcée soit limitée alors qu'elle entrainerait des coûts disproportionnés par rapport à l'allocation de dommages-intérêts. Cette remarque contient à elle seule un paradoxe : comment l'allocation de dommages-intérêts pourrait-elle être plus mesurée en son assiette que l'exécution forcée en nature, alors même que celle-ci a précisément pour objet d'atteindre la réalisation de l'obligation, donc du contrat, qu'avait conclu le débiteur inexécutant ? Il faut penser aux deux jurisprudences miroirs (anglaise et française, précédemment évoquées) relativement aux piscines. Là encore est la controverse sur la politique juridique. Alors que le droit anglais voit en les parties des acteurs économiques, le droit français voit, pour l'instant, l'intérêt de deux parties qui recouvre l'intérêt général.

231. Il semble que les projets (français et européen) retenant cette conception, tentent d'atteindre plusieurs objectifs qui ne sont pas forcément conciliables. Ce n'aurait que pour effet de faire entrer l'exécution forcée dans un nouveau cycle de débats alors que l'objet des réformes est justement de rompre avec ceux-ci. Car, dans l'hypothèse où serait retenue la limite de la disproportion, il n'est pas interdit de penser que l'obligation de modérer le dommage (« *a duty to mitigate* » en droit anglais) poindrait en droit français²⁴⁶. L'avant-projet CATALA et le rapport TERRÉ s'en font d'ailleurs écho. Quel serait alors le critère de la disproportion ?

232. Les conséquences y étant attachées sont parfaitement établies par Y.-M. LAITHIER : « *La troisième possibilité consiste à privilégier la recherche d'efficacité en introduisant en droit commun un devoir de minimiser le dommage. Les conséquences seraient les suivantes : l'absence d'indemnisation du préjudice qui aurait raisonnablement pu être évité ; le rejet de l'exécution forcée en nature dans tous les cas où les dommages-intérêts constituent une sanction adéquate, et ce afin de ne pas permettre au créancier qui*

²⁴⁶ « *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français* », Olivier DESHAYES, RDC, Lextenso, 1^{er} juillet 2010, n°201013, pages : 1139 à 1151.

a manqué à son devoir d'échapper par ce biais aux conséquences de son comportement inefficace; le choix du mode d'évaluation des dommages-intérêts apte à protéger le créancier pour un coût optimal; le devoir, le cas échéant, d'accepter l'offre d'exécution émise par le débiteur défaillant; le devoir de suspendre l'exécution ou celui de résilier le contrat, voire le devoir de résilier par anticipation si cela doit avoir pour effet de réduire l'ampleur du préjudice »²⁴⁷.

233. S'il est souhaitable que le droit français s'attache à être juste²⁴⁸, en ne réparant le préjudice subi par le créancier du fait de sa passivité fautive, il n'en demeure pas moins que la prudence appelle à mesurer la portée de ce principe, pour ne pas connaître un renversement de paradigme alors même que l'exécution forcée en nature se trouverait renforcé. Il est à espérer que l'obligation de modérer son dommage soit conçue au sein des rouages plus grands que sont les sanctions de l'inexécution contractuelle et non en temps que mécanisme autonome.

234. Enfin, il ne faut que se féliciter que la doctrine se soit saisie d'une question que la jurisprudence peine à régler. Les projets sont porteurs de renouveau et aboutiront à redonner ses lettres de noblesse à l'exécution forcée en nature.

²⁴⁷ « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Y.-M. LAITHIER, L.G.D.J., mai 2004, préface de H.MUIR WATT n° 416.

²⁴⁸ POTHIER, *op. préc.* : « *il est de l'équité que le créancier se contente d'être indemnisé de ce qu'il souffre de l'inexécution, par une condamnation de dommages et intérêts et qu'il ne puisse contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution précise de l'obligation. C'est ce qui résulte du second précepte de la loi, que nous devons aimer notre prochain comme nous-mêmes* », Volume 2, partie II, chapitre I.

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie n'entend pas être exhaustive de tout ce qui a été cité ou lu dans le cadre du présent mémoire.

I – Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes

BEAL H.G., BISHOP W.D. et FURMSTON M., *contract, cases and materials*, OXFORD, Oxford university press, 5^{ème} édition, 2008.

BENAC-SCHMIDT F., *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, préfacée par J.GHESTIN, Paris I, L.G.D.J., , préfacée par J.GHESTIN, 1983.

CALLEDE F., *exécution forcée en nature ou par équivalent. Etude de droit comparé Droit français/ Droit anglais*, mémoire, sous la direction de D.MAZEAUD, PARIS 2, 2010-2011.

CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, tome 4, P.U.F., 22^{ème} édition, 2000.

CORNU G., *vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, Association Henri CAPITANT, PUF, 2007.

COULET J., *exécution forcée en nature*, thèse, sous la direction de L.LEVENEUR, PARIS II, 2007.

COURTIAU M.-E., *responsabilité contractuelle et inexécution : pour une autonomie de la responsabilité contractuelle*, thèse, sous la direction de P.JOURDAIN, PARIS I, 2001.

FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, OSNABRÜCK, Otto ZELLER, 1968 (réimpression de l'édition de 1827).

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *les obligations : la preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction, 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} édition, SIREY DALLOZ, 2011.

FONTAINE M., *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Étude de droit comparé, sous la direction de M.FONTAINE et G.VINEY, BRUXELLES, BRUYLANT, Collection « Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de LOUVAIN », 2001 ; plus particulièrement **VINEY G.**, *l'exécution de l'obligation, faculté de remplacement réparation en nature en droit français* », pages : 167 à 203.

GROSSER P., *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification* », thèse, Paris I, 2000.

GUYON Y., *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, tome 1, 12^{ème} édition, 1^{er} août 2003.

LAURENT F., *Principes de droit civil*, tome 1, BRUXELLES, PARIS, 1869.

LOISEAU G., **BILLIAU M.** et **J.GHESTIN**, *le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2005.

JOURDAIN P. et **VINEY G.**, *les effets de la responsabilité*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., juillet 2011.

LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, sous la direction de H.MUIR-WATT, L.G.D.J., Collection « thèses », 2004.

MALAURIE Ph., **AYNÈS L.** et **GAUTIER P.-Y.**, *les contrats spéciaux*, 5^{ème} édition, DEFRENOIS, LEXTENSO éditions, 2011.

MAZEAUD H., L. et J., **CHABAS F.**, *Traité de la responsabilité civile*, H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, tome III, 1^{er} volume, 6^{ème} édition.

MIGNON-COLOMBE A., *l'exécution forcée en droit des sociétés*, thèse, préfacée par Y.GUYON, Collection « Recherches juridiques », Economica, mai 2004.

POTHIER R.-J., *traité des obligations et traité du contrat*, tomes 1, 1830.

RIPERT L., *la réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, PARIS, 1933.

ROUJOU DE BOUBEE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Collection « Bibliothèque de Droit privé », PARIS, L.G.D.J., 1974.

TERRÉ F., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, collection « Thèmes & commentaires », DALLOZ, 2010.

TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *les obligations*, Collection « Précis DALLOZ », DALLOZ, 10^{ème} édition, 2009.

WÉRY P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préface par I.MOREAU-MARGRÈVE, KLUWER, Collection scientifique de la faculté de droit de LIÈGE, 1993.

II – Articles, rapports, chroniques, notes, commentaires, observations

AUBERT DE VINCELLES C., *Naissance d'un droit commun européen des contrats* », RTD eur., 2012, pages : 661 et suivantes

AUBERT DE VINCELLES C., *Réponses au livre vert sur le droit européen des contrats* », RTD eur., 2011, pages : 615 et suivantes.

BIRMINGHAM R.L., *Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency*, 1970.

CANIVET G., *économie droit et justice*, Actes du colloque, *l'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, Gazette du Palais, 2005, pages : 715 et suivantes.

CATALA P., *avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)*, remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005.

CHANCELLERIE, *projet de réforme du droit des obligations*, juillet 2008.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente*, 12 octobre 2011, COM (2011), 635, final.

DESHAYES O., *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français*, Olivier DESHAYES, RDC, Lextenso, 1^{er} juillet 2010, pages : 1139 à 1151.

LEBOIS A., *Les obligations de faire à caractère personnel* », La semaine juridique, édition générale, n°47, 19 novembre 2008, I, 210.

FABRE-MAGNAN M., *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ., 1996, pages : 85 et suivantes.

GENICON Th., *Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature*, Revue des contrats, 1^{er} juillet 2012, n°3, pages : 773 et suivantes.

HOLMES O.W. (Justice), *The path of law*, 10, Harvard Law Review, 1897.

LAITHIER Y.-M., *l'analyse économique du contrat par le juge civil*, Actes du colloque, *l'analyse économique des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, Gazette du Palais, 2005, pages :722 et suivantes.

MAINGUY D., *À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter »*, Etude par D.MAINGUY, La semaine juridique, édition générale, n°27, 2 juillet 2012, 808.

MAINGUY D., *L'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, Recueil DALLOZ, 2011, pages : 1460 et suivantes.

MATTEI U., *Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine : un essai sur l'ascension et la chute du prestige culturel*, Actes du colloque, *l'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, Gazette du Palais, 2005, pages : 743 et suivantes.

MAZEAUD D., *Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons...*, Recueil DALLOZ, 2011, pages : 1457 et suivantes.

MAZEAUD D. et **LAITHIER Y.-M.**, *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?*, chronique, RDC, 1^{er} avril 2012, n°2, p : 681 et suivantes.

MONGE A.-C., *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Troisième chambre civile*, Recueil DALLOZ 2011, page : 2679

PUIG P., *Les techniques de préservation de l'exécution en nature*, RDC, 2005, pages : 85 et suivantes.

RADE C., *Réflexions à propos de l'article 1142 du Code civil en droit du travail*, RDC, 2005.

RÉMY Ph., *Sur l'inexécution du contrat, le plan du Code de 1804 est très défectueux*, in « *Pour une réforme du droit des contrats* », sous la Direction de François TERRÉ, DALLOZ, 2009, pages : 253 à 260.

SEFTON-GREEN R., *L'influence de l'analyse économique en droit anglais des contrats: le renversement des idées reçues*, Actes du colloque, *l'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, Gazette du Palais, 2005, pages : 731 et suivantes.

SEFTON-GREEN R. et **BELLIVIER F.**, *force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme in le contrat au début du XXI^{ème} siècle Études offertes à J.GHESTIN*, PARIS, L.G.D.J., 2001.

TALLON D., *Rapport de droit français sur les « remèdes »*, in *le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, sous la direction de D.TALLON et D.HARRIS, PARIS, L.G.D.J., 1987, page : 298.

INDEX THÉMATIQUE²⁴⁹

A

Analyse économique
(123 - 135 - 146 - 147 et s. - 176 et s. - 201)

Apport en industrie
(126 - 130)

Associé
(125 et s.)

Astreinte
(42 - 55 - 74 - 75 - 130 - 200)

D

Droit du créancier
(57 et s.)

E

Exécution par équivalent
(5 - 8 - 9 - 31 - 36 - 39 - 43 - 45)

Efficacité
(104 - 113 - 157 - 158 - 232)

F

Faute lucrative
(199)

Fonction (de l'exécution forcée)
(141- 158 - 179 et s. - 188 - 201 - 225 à 227 - 231)

Force obligatoire (du contrat)
(33 - 161 et s. - 182 - 223)

I

Injonction
(130 - 141 - 195)

L

Liberté contractuelle
(161 et s. - 182)

O

Obligation de donner
(10 - 19 et s. - 41 - 98 - 138 - 225)

Obligation de faire
(8 - 10 - 17 - 18 - 48 - 50 - 51 - 55 - 76 - 92 - 101 - 128 - 225)

Obligation de modérer son dommage
(159 - 230)

Obligation de ne pas faire
(8 - 10 - 19 - 25 - 26 - 42 - 48 et s. - 76 - 138 - 195 - 207 - 225)

Obligation personnel
(49 - 53 - 56 - 70 - 72 et s. - 128 - 200)

Option (du créancier - mode de réparation)
(10 - 35 - 60 - 64 - 104 - 120 à 122 - 214 - 221)

P

Parole donnée
(161 et s. - 227)

Pouvoir du juge
(46 et s. - 111)

Projets
(114 - 211 - 212 et s. - 226 et s.)

Promesse unilatérale de vente
(79 et s. - 139 - 207)

²⁴⁹ La numérotation correspond aux numéros des paragraphes.

R

Règlement européen
(212 - 213 - 219 - 226)

Réparation en nature
(6 - 9 - 17 - 31 - 33 - 41 - 76 - 120)

Responsabilité délictuelle
(4, 5, 6)

S

Salariés
- protégés **(121 et s.)**
- non protégés **(117 et s.)**

Satisfaction (du créancier)
(2 - 3 - 64 - 191 - 202 - 224)

Specific performance
(137 - 142 - 149 - 219)

V

Voies d'exécution
(27 - 65 - 66 et s.)

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	4
INTRODUCTION.....	6
TITRE I^{ER} : L'EXECUTION FORCEE EN NATURE : UNE SANCTION AUX CONTOURS TROUBLES.....	11
SECTION I ^{ÈRE} : L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL.....	11
I – L'EXÉCUTION FORCÉE : SANCTION DE PRINCIPE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE.....	11
A. LES OBLIGATIONS SANCTIONNABLES	12
1. La thèse doctrinale.....	12
2. Les solutions prétoriennes.....	14
B. LA NATURE DE L'EXÉCUTION FORCÉE	15
II – LE RÉGIME APPLICABLE À L'EXÉCUTION FORCÉE.....	18
A. LA NATURE DE LA CONDAMNATION A EXÉCUTION FORCÉE	19
1. Le pouvoir du juge de condamner à exécuter en nature.....	19
2. Le droit du créancier à l'exécution forcée en nature	22
B. LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXÉCUTION FORCÉE	25
SECTION II ^{ÈME} : LA MULTIPLICATION DES RÉGIMES DÉROGATOIRES : UNE REMISE EN CAUSE DU PARADIGME DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE	28
I – LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE SYMPTOMATIQUE D'UN MALAISE.....	28
A. LE RÉGIME PRÉTORIEN DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE	29
1. L'intérêt de la promesse unilatérale de vente	29
2. La solution prétorienne	31
B. LA PUV : « NŒUD GORDIEN » DE L'EXÉCUTION FORCÉE	33
1. La justification de la jurisprudence par la Cour de cassation	33
2. La critique de la jurisprudence sur la PUV en regard de l'exécution forcée en nature	37
II – LES AUTRES RÉGIMES DÉROGATOIRES À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE....	39

A. LES LIMITES APPORTÉES PAR LE DROIT DU TRAVAIL	39
B. LES LIMITES APPORTÉES PAR LE DROIT DES SOCIÉTÉS	42
TITRE IIÈME : APPEL AU RENOUVELLEMENT DU MECANISME DE L'EXECUTION FORCEE EN NATURE.....	46
SECTION IÈRE : ANALYSE FONCTIONNELLE DE L'EXÉCUTION FORCÉE.....	46
I – DROIT COMPARÉ : LA SOLUTION DU DROIT ANGLAIS	46
A. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE : SANCTION SUBSIDIAIRE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE	47
B. UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT.....	49
II – LA PAROLE DONNÉE : CRITÈRE DE LECTURE DU DROIT FRANÇAIS.....	53
A. LA CONCEPTION FRANÇAISE DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE.....	53
B. LES DIFFICULTÉS ENGENDRÉES PAR LE PRISME DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE.....	56
SECTION IIÈME : ESSAI DE RÉAFFIRMATION DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE... 60	
I – LA RELECTURE DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL QUANT AUX OBLIGATIONS NON PÉCUNIAIRES	60
A. LA THÈSE DÉFENDUE PAR PATRICK WÉRY	60
B. LA RÉCEPTION DE CETTE INTERPRÉTATION	63
II – L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DE LEGE FERANDA.....	65
A. LECTURE DES PROJETS DE RÉFORME.....	65
B. ANALYSE CRITIQUE DES PROJETS	71
BIBLIOGRAPHIE	75
INDEX THEMATIQUE	81
TABLE DES MATIERES.....	83