

L'EXÉCUTION FORCÉE

DU « COÛT MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE » À LA RECONNAISSANCE D'UN « DROIT D'OPTION »

L'EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS, QUI S'EFFECTUE PAR PRINCIPE PAR ÉQUIVALENT, N'EST PAS AFFECTÉE MAIS AMÉLIORÉE PAR L'ARTICLE 127 DU PROJET.



PAR DANIEL MAINGUY,
PROFESSEUR
À L'UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER I

La question de l'exécution forcée des obligations des contrats est tout à la fois l'un de ces standards de l'enseignement du droit des obligations et l'une des questions capitales du droit français. Dans l'avant-projet divulgué fin 2013 et qui pourrait servir de base à un projet de loi ou d'ordonnance, l'article 129 dispose ainsi que « *le créancier peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». Il aurait ainsi vocation à remplacer l'article 1142 du Code civil, fameux s'il en est, selon lequel, actuellement, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Sans doute faudrait-il ajouter d'ailleurs l'actuel article 1184 du Code civil qui envisage l'exécution forcée comme alternative de la demande de résolution

du contrat par le créancier qui subit une inexécution. Il est vrai que la question de l'inexécution est complexe, prise isolément comme sanction d'une obligation non ou mal exécutée, ou globalement comme sanction du contrat dont une ou plusieurs obligations sont non ou mal exécutées.

Si la rédaction de la revue a choisi de présenter les commentaires de ce projet à plusieurs voix, c'est que des voix dissonantes se manifestent. Très souvent, cette différence de ton se résume à une querelle doctrinale, dont les échos ne s'élèvent guère au-delà des amphithéâtres. Tel n'est pas tout à fait le cas ici : il ne s'agit pas de louer ou blâmer le candidat législateur pour ce qu'il choisirait une option ou une autre, mais en premier d'apprécier l'état du droit positif et ensuite le projet, *de lege lata* donc, *de lege ferenda* ensuite, très classiquement, avec un propos plus général sur la description du droit des contrats.

De jure lata, plus que *de lege*, dans la mesure où le droit positif, en la matière mais plus globalement en droit des contrats, repose intégralement sur un ensemble de décisions interprétant des normes préalables, et non sur la loi qui est soit in-

complète, soit imprécise, soit absente, soit qu'elle renvoie délibérément à l'interprétation, comme c'est le cas de l'utilisation d'un standard juridique.

Or, l'appréciation de ce qu'est le droit positif, jurisprudentiel, et sa description relèvent classiquement en France du travail doctrinal. Ainsi, notre collègue et contradicteur Thomas Genicon s'inscrit dans la partie, importante, de la doctrine qui considère que le droit positif révèle que ni le créancier ni le juge ne disposent de l'opportunité de l'appréciation de la sanction. « *Le droit positif proclame donc que, en principe, pour obtenir l'exécution en nature, il suffit au créancier de la demander* », et donc que le droit de demander et d'obtenir l'exécution forcée en nature serait un droit posé, efficace et opérationnel en droit français. Là se situerait une différence essentielle avec la *common law*, et avec l'analyse économique du droit, dont l'invocation sert en général de repoussoir à toute alternative envisageable. Et par voie de conséquence, l'article 129 constituerait tout à la fois une dangereuse régression et une attaque contre les droits du créancier. Ainsi, le fondement du droit américain des contrats reposerait sur la sanction d'avoir à payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution, une exécution forcée par équivalent et non une exécution forcée en nature, tandis que le *credo* du droit français reposerait, au contraire, sur la plénitude de la promesse d'une telle inexécution forcée en nature.

Or c'est bien là toute la difficulté : le principe de la sanction de l'inexécution des obligations (et des contrats) repose-t-il sur celui de l'exécution forcée en nature ou, au contraire, sur celui de l'exécution forcée par équivalent, c'est-à-dire entre une exécution en nature contrainte dès lors que le débiteur

ne s'exécute pas spontanément ou la possibilité pour le débiteur de verser un équivalent à la valeur de l'obligation inexécutée? L'article 1142 du Code civil incline vers la seconde conception. Il est acquis depuis l'arrêt «Whistler»⁽¹⁾ que les obligations de faire présentant un caractère personnel pour leur exécution se résolvent par équivalent. La raison en est simple : la solution inverse serait contraire à des considérations fondamentales tenant à la conception de l'être humain, prohibant toute menace physique, toute coercition musclée héritée de la longue évolution du droit de la responsabilité. Ce serait en même temps contraire à des considérations économiques et de bon sens : forcer quelqu'un à faire quelque chose serait contre-productif (ce n'est pas là de l'analyse économique du droit, mais de l'analyse morale). Il reste alors les obligations de ne pas faire et les obligations de faire qui n'impliquent pas la personne du débiteur, dont les obligations de payer une somme d'argent, sous la réserve de mesures comme celles des articles 1244-1 et suivants du Code civil, ou les obligations de livrer une chose. Nous estimons alors que, dans la pesée des deux masses, les obligations dans lesquelles la personne du débiteur importe pour l'exécution de l'obligation sont plus nombreuses, plus essentielles que les autres, et ce faisant que l'exécution forcée en nature des obligations n'est ni un principe, ni un droit, ni une primauté, mais une faculté.

Du point de vue de la survie du contrat en cas d'inexécution du contrat, et en s'en tenant à ce qui mérite d'emporter la résolution du contrat, la question qui se pose est très clairement celle de l'existence de ce qu'on pourrait désigner comme un «droit d'option» : le contractant qui est en situation de ne pas exécuter une obligation d'un contrat subira-t-il l'exécution forcée en nature du contrat ou, au contraire, cette inexécution se résoudra-t-elle en dommages et intérêts? Le problème est exactement le même que précédemment, en plus important. L'article 1184 du Code civil, à la différence de l'article 1142, permet au créancier de choisir entre l'exécution forcée du contrat, lorsqu'elle est possible, ou sa résolution. Or, l'exécution forcée en nature du contrat aboutit à permettre à un juge, face à une situation

d'inexécution, y compris lorsque celle-ci s'est accompagnée d'une résiliation, unilatérale, du contrat, de maintenir la situation contractuelle de manière forcée, voire de réintégrer les contractants dans cette situation contractuelle. C'est d'ailleurs tout le débat autour de la question, minuscule en apparence, de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter par le promettant, où les solutions ont oscillé entre exécution forcée en nature ou par équivalent de l'obligation de promettre ou de celles du contrat de promesse lui-même avec la solution, de droit positif, que l'on sait. Admettre par conséquent que l'exécution forcée en nature du contrat est possible par principe, ou son contraire, que chacun des créanciers dispose d'un droit d'option (exécuter ou payer), est un choix de politique judiciaire majeur. Là encore, le droit positif se situe du côté du droit d'option : la victime de l'inexécution ne dispose pas, en principe, de la possibilité d'obtenir le maintien forcé, voire le rétablissement forcé du contrat.

Ce dont il résulte, si notre appréciation du droit positif est conforme à la réalité de la jurisprudence, qu'il n'y a pas de «droit à la prestation» pour le créancier, qui impliquerait un droit à obtenir l'exécution forcée en nature, primant tous les autres remèdes à l'inexécution d'une obligation ou d'un contrat et surtout tous les autres ressorts de l'appréciation d'une situation contractuelle, qu'ils soient de nature morale ou économique. Il n'existe pas plus de rente comme créancier obtus que comme débiteur récalcitrant.

De lege ferenda, alors, la nouveauté paraît moins terrifiante. La nouveauté de l'article 129 du projet repose sur la considération par le juge du «coût manifestement déraisonnable» de l'exécution forcée en nature du contrat. Ce type de considération n'est pas nouveau : l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, la question de l'«économie du contrat», l'appréciation du caractère proportionné d'une obligation, la question de l'«erreur sur la rentabilité», etc., sont autant de situations dans lesquelles le juge dispose de la faculté d'apprécier la valeur d'une prestation, du fait de la loi ou parce qu'il se l'est reconnue.

Il s'agit donc d'un critère supplémentaire au droit positif existant, si on admet

que l'appréciation du caractère personnel de l'exécution d'une obligation n'est pas équivalente à l'appréciation du coût, excessif ou non, de l'exécution forcée, et qu'elle s'inscrit dans l'idée que l'exécution forcée en nature est impossible. C'est un critère supplémentaire offert au juge et, d'après ses détracteurs, une faveur supplémentaire offerte au débiteur paresseux, une faveur compassionnelle très mal à propos et qui relèverait de l'analyse économique du droit, laquelle serait soumise aux «contraintes du marché». Outre le fait que, à supposer que tel soit le fondement de l'article 129, il conviendrait, pour que ce fondement devienne opérationnel, que les juges soient convaincus et pétris d'analyse économique du droit, ce qui est très loin d'être le cas, considérer que la mise en œuvre de l'article 129 conduirait nécessairement et automatiquement à une déconsidération de la sanction de l'inexécution est par ailleurs purement divinatoire. En effet, on ne voit pas pourquoi le juge serait plus ou moins laxiste selon que le texte de loi est rédigé d'une façon ou d'une autre, surtout si le doute persiste sur le point de savoir si, aujourd'hui, la question de l'exécution forcée en nature est, ou non, le principe. On ne voit pas d'ailleurs pour quelle raison, du seul fait de l'ajout de cette formule, les juges seraient subitement pris d'une frénésie spectaculaire aboutissant à vider les obligations de leur sens ou à soudainement donner raison aux créanciers malicieux ou malveillants. Ce sont là les mêmes craintes et injonctions faites aux juges, regardés avec suspicion par une partie de la doctrine, que celles observées lors de la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 (JO 10 juill.) et l'ajout de l'article 1152 du Code civil, voire, dans un tout autre domaine, les propos tenus avant l'adoption de la loi sur le mariage pour tous.

Il nous semble en outre qu'il n'y a pas de risque majeur à installer cet ajout, bien au contraire. Face, par exemple, à une créance de somme d'argent, il n'y a pas de crainte ajoutée au droit existant : on ne voit pas comment l'exécution forcée en nature, possible, pourrait être plus coûteuse, manifestement et déraisonnablement, ni s'agissant de la livraison

NOTES

(1) Cass. civ., 19 mars 1900.

d'une chose. En revanche, on imagine sans peine des situations aujourd'hui difficiles à traiter telles que certaines relations de distribution, par exemple des contrats de référencement dans lesquels un fournisseur s'est engagé, pour une année en général, à fournir un certain nombre de choses à un certain prix, intangible. Imaginons que le prix des matières premières servant à leur fabrication croisse ou décroisse de manière importante et impromptue et voilà un débat à cheval sur la question dite de l'«imprévision» et de l'exécution forcée du contrat. Là où un contractant, face à la hausse qu'il subit, considérera que le contrat doit être exécuté, au besoin de manière contrainte, l'autre considérera que cette situation résulte d'un changement de circonstances économiques qui doit justifier une renégociation ou une rupture; et si le même bénéficie de la baisse, le débat est alors inversé, dans les mêmes termes. La loi «Hamon» n° 2014-344 du 17 mars 2014 (JO 18 mars) a commencé de proposer une solution par l'introduction de l'article L. 441-8 du Code de commerce qui impose, pour certains produits, une clause de renégociation pour pallier les effets de ces changements de circonstances, mais c'est une solution contingente. L'article 129 du projet permettrait de régler la solution, sous le contrôle du juge, de manière générale, par l'appréciation du caractère manifestement déraisonnable de l'exécution forcée d'un contrat trop onéreux et conduisant à la ruine : il n'y a pas là de volonté de se soustraire à un ensemble d'obligations, ni de donner corps à on ne sait quelle politique.

Enfin, il faut peut-être rendre raison à l'opposition, vaine, qui existerait entre analyse française et analyse économique du contrat. Nous pensons que les règles du droit des contrats, françaises ou de *common Law*, sont des règles libérales, fondées sur la liberté contractuelle, mais que l'interprétation de ces règles, dont le contenu est indéterminé par principe avant cette interprétation, réalise la norme applicable, peu important sa conformité (immesurable) à tel ensemble de valeurs, qui relève d'un droit naturel. Telle est, simplifiée, la conception descriptive du droit, la conception réaliste française. L'adhésion à celle-ci n'interdisant pas de penser ou de juger, la légitimité de ces règles

interprétées peut être réalisée selon des modèles, des valeurs si on préfère, qui obéissent, en droit des contrats, à deux grandes logiques. Ce ne sont en principe que des logiques explicatives et non prescriptives : la norme n'est pas moins norme parce qu'elle ne correspond pas à tel modèle prôné par telle autorité doctrinale ou morale.

De ce point de vue, la logique française du droit des contrats relève en général d'une analyse morale, plus ou moins morale d'ailleurs, par exemple quand il s'agit de défendre l'application stricte des règles contractuelles, en une analyse morale minimaliste selon laquelle, avec Ripert, la règle morale étant déjà inscrite dans la lettre de la règle civile, il n'est certainement pas besoin d'en ajouter, ou au contraire lorsqu'il s'agit de préférer l'analyse prétorienne de la bonne foi et d'en tirer des conséquences, dans une analyse morale maximaliste. Dans les deux cas, il s'agit, pour leurs promoteurs, de défendre une conception propre de la valeur «morale» : la morale contenue dans la justice résultant de la volonté des contractants, ou la morale résultant de la prise en compte d'un standard extérieur à la volonté contractuelle. L'alternative à l'analyse morale est une analyse économique, fondée sur des conceptions prônant l'allocation maximale des richesses et sur l'efficacité économique des règles du droit des contrats, et non sur le respect d'une morale quelconque, à la manière dont on peut, par exemple, suivre les raisonnements opérés en droit de la concurrence, les autorités spécialisées de la concurrence appliquant strictement les préceptes de l'analyse économique, entendons «non morale».

Il n'est pas impossible que le fondement de la rédaction de l'article 129 du projet soit porté par des considérations d'analyse économique, il faudrait le demander à son rédacteur, mais ce sont surtout les motivations des juges qui importent. Or ils ne sont en général guère portés à satisfaire les canons du dogme de l'analyse économique. Afin que, par conséquent, l'analyse économique supposée s'impose, il faudrait admettre que ce fondement économique, cette *ratio legis*, soit opposable au juge, et croire que les règles de l'interprétation des normes légales reposent de manière dé-

finitive et obligatoire sur les canons de la logique formelle qui comprend, entre autres adages (non posés), celui selon lequel la *ratio legis* s'imposerait à l'interprète (donc qu'une figure tutélaire rappelle à l'interprète cette règle immanente). Or, observons, un peu vite sans doute, que c'est très exactement cette manière de raisonner qui a justifié ce que, aux États-Unis et, un peu, en France, on a désigné comme la «crise de l'interprétation», la critique de la méthode formelle qui permettrait de deviner en toutes circonstances, par des «méthodes d'interprétation», ce que serait l'application de la règle au cas particulier, pour lui opposer la méthode réaliste, la *law in action* contre la *law in books*, devenue la méthode économique, supposée plus conforme à la réalité de la pratique décisionnaire aux États-Unis. Or, si la méthode réaliste est en général simplement descriptive (la norme est ou n'est pas économiquement efficace), il existe aux États-Unis un courant qui fait de l'analyse économique un dogme, notamment sous la houlette de Richard Posner, pour qui «*le droit américain de common law est efficace*», formule qui n'est pas plus vraie ou fausse que celle qui affirmerait que le droit français de contrats est moral, et qui signifie que le droit «doit être» efficace. Or, cette prescription économique ici n'est pas plus juridiquement obligatoire que telle prescription morale là.

Ce dont il résulte qu'il est très vraisemblablement exagéré d'invoquer le mythe d'une invasion intellectuelle ultra-océanique pour lutter contre une innovation en droit des contrats, alors même, d'une part, que le droit français des contrats a très largement évolué, voire a été bouleversé, sans que les règles du Code civil aient bougé d'une lettre, et, d'autre part, que la mesure de l'effet de l'innovation peut s'effectuer au regard du droit existant, lui-même à évaluer, et de l'inertie, considérable, liée à la structure du système juridique français. La singularité, sans doute heureuse, de celui-ci n'a rien à craindre de l'article 129 du projet : il ne vise pas à permettre à des débiteurs de ne plus exécuter leurs obligations, mais simplement à proposer une solution pour résoudre des situations, sans doute extrêmes, où l'exécution, spontanée ou forcée, serait déraisonnable, immo-
rale. ■