

CHAPITRE PREMIER

L'exécution directe, en nature

584. Remarques préalables : l'exception non adimpleti contractus.

1° Le principe est que les obligations s'exécutent en nature ; le créancier peut exiger du débiteur la prestation même à laquelle il a droit, et cela quand bien même cette exécution en nature eût été inconcevable à un moment donné (Amiens, 31 mai 1934, S. 1935, 2, 5 ; inf. n° 1072).

2° Dans les contrats synallagmatiques, le créancier, donc chacune des parties, dispose, pour vaincre la résistance du débiteur, d'un moyen assez efficace, consistant dans le refus d'exécution aussi longtemps que le cocontractant n'offrira pas d'exécuter les obligations qui lui incombent de son côté. C'est ainsi que le vendeur refusera la délivrance de la chose tant que l'acheteur ne paiera pas le prix ; il oppose ainsi l'exception dite non adimpleti contractus, basée sur l'interdépendance des obligations issues d'une même opération synallagmatique et sur la légitimité d'une exécution trait pour trait, donnant donnant, seule conforme à la volonté des parties, à l'esprit et à la structure du contrat. Nous avons déjà signalé l'existence de cette institution (sup. n° 23) que nous examinerons de plus près en étudiant le droit de rétention qui est, avec elle, dans un étroit rapport (inf. n° 1465 et suiv.) ; elle constitue, en quelque mesure, la garantie d'une exécution directe, en nature, puisqu'elle est à même d'exercer, sur la volonté du débiteur, une pression tendant à ce résultat (1).

585. Distinction. - Cette observation préalable et générale étant présentée, il faut comprendre que l'exécution forcée en nature est suivant le cas, plus ou moins facile à assurer au créancier ; parfois, il arrive qu'elle soit de toute impossibilité. Pour s'en rendre compte, il faut distinguer entre les obligations de donner d'une part, les obligations de faire ou de ne pas faire d'autre part.

§ 1. - OBLIGATIONS DE DONNER

586. Sous-distinction. - Il convient de sous-distinguer d'après la nature de la prestation qui est due.

1° La dette a-t-elle pour objet une somme d'argent ? L'exécution en nature est toujours possible théoriquement, le créancier ayant la ressource de saisir les biens de son débiteur et de les faire vendre pour se payer sur le prix ; il touchera ainsi, par un détour plus ou moins long, la somme à laquelle il avait droit.

587. Contrainte par corps. - Il est vrai que le débiteur peut recourir à des ruses, à des stratagèmes, à des artifices de procédure, pour reculer l'heure de l'échéance effective ; il peut dissimuler certains de ses biens. Autrefois, le créancier disposait, pour vaincre sa mauvaise volonté et pour surmonter son inertie, d'une arme puissante : il pouvait requérir la contrainte par corps, faire incarcérer son débiteur récalcitrant qui était ainsi amené à choisir entre l'exécution de sa dette et la privation de sa liberté. Mais la prison pour dettes, ressource précieuse pour les créanciers, pour les romanciers et pour les hommes de théâtre, a été abolie par la loi du 22 juillet 1867 qui a biffé les articles 2059 à 2070 et qui n'a laissé substituer la contrainte par corps que pour assurer le recouvrement des condamnations pécuniaires prononcées à l'occasion d'une infraction à la loi pénale : amendes, restitutions, dommages intérêts et frais ; en matière civile et en matière commerciale, elle est complètement abolie (L. 22 juill. 1867, art. 1er) ; le créancier ne dispose plus de ce moyen pour éprouver la solvabilité de son débiteur et pour l'inciter à

l'exécution(2).

Cependant, on sait que le service de l'obligation alimentaire est assuré, du moins dans les rapports entre ascendants, descendants et conjoints, non seulement par des sanctions civiles, mais aussi par des sanctions pénales, voire par une peine d'emprisonnement (L. 7 fév. 1924 et 3 avril 1928, sup. t. I, n° 1163) ; de même pour le devoir imposé au père ou à la mère de représenter les enfants à celui qui, par décision de justice intervenue au cours ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps, en a obtenu la garde (L. 5 déc. 1901, sup. t. I, n° 980 bis, 995, 1091). Le droit pénal vient alors au secours du droit civil, et l'antique conception, d'après laquelle la personne même du débiteur répond de l'exécution de la dette, fait un retour offensif; mais on remarquera que ce redoublement de rigueur ne concerne que l'exécution d'obligations légales ou judiciaires, non d'obligations nées du contrat.

588. - 2° Lorsque la dette a un objet autre qu'une somme d'argent, de deux choses l'une :

a) Ou bien il s'agit d'une véritable obligation de donner (dare, transférer la propriété), et alors elle est exécutée de plein droit, d'elle-même, automatiquement, puisque les contrats sont par eux-mêmes translatifs de propriété, au moins lorsqu'ils portent sur des corps certains (art. 1138 ; sup., t. I, n° 1691 et suiv.);

b) Ou bien, il s'agit d'une simple obligation de délivrance, telle l'obligation qui incombe au vendeur d'un corps certain ou au bailleur, mais alors on retombe dans l'hypothèse d'une obligation de faire, à laquelle nous arrivons maintenant.

§ II. - OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

589. Question. - Si le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire n'exécute pas volontairement, le créancier peut-il l'y contraindre ? Et par quels moyens ? Cette double question semble être résolue très simplement par l'article 1142 qui décide, en termes généraux et apparemment absolus, 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 ". Donc, semble-t-il, du moment que le débiteur n'exécute pas volontairement, et que, d'autre part, l'obligation n'a pas été éteinte par impossibilité d'exécution, cette obligation change d'objet; elle porte désormais sur une somme d'argent, en sorte que le problème se pose dans des termes différents qui en facilitent la solution : ce sont les règles exposées dans le paragraphe précédent qui reçoivent application, automatiquement.

590. Rectification. - Cette conclusion est inacceptable et doit être rectifiée : il ne saurait dépendre de l'inertie, de la mauvaise volonté du débiteur de changer l'objet de la dette; c'en serait fait, alors, de la force obligatoire des conventions. L'article 1142 ne fait que reproduire, en langue juridique française, un vieil adage " nemo potest proeise cogi ad factum " : nul ne peut être contraint à prêter son fait. Or, cet adage n'était pas considéré, par nos anciens auteurs, comme étant doué d'une application générale et absolue; Pothier, posant les termes d'une distinction d'ailleurs traditionnelle, précise que la règle n'a " d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur, auquel il ne pourrait être contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté " (Pothier, Traité du contrat de louage, n° 66 ; comp. Traité du contrat de vente, n° 68) ; et Bigot-Préameneu, commentant, au cours des travaux préparatoires du Code civil, le texte qui est devenu l'article 1142, constatait que son but était d'éviter une violence exercée sur la personne même du débiteur (Fenet, t. XIII, p. 232).

591. Distinction. - Ainsi se dessine une distinction tirée de l'objet de l'obligation et de l'inviolabilité de la personne humaine: l'exécution forcée en nature est admise, en principe, même dans les obligations de faire ou de ne pas faire; elle n'est écartée que dans les cas où elle impliquerait une violence s'exerçant sur la personne physique du débiteur, et cela au nom de la dignité de cette personne, de son inviolabilité; ce qui revient, en somme, à distinguer selon que l'exécution implique ou non absolument l'intervention du débiteur lui-même; si on peut se passer de lui, à la rigueur, l'exécution forcée en nature est licite; c'est seulement dans le cas contraire, alors que l'exécution de l'obligation offre un caractère strictement personnel, que l'engagement se résoudra ou pourra se résoudre en dommages intérêts.

592. Le Code civil : articles 1143 et 1144. - Que telle soit bien la conception du Code civil, c'est ce qui ressort, jusqu'à l'évidence, des articles 1143 et 1144 : le premier de ces textes, se référant aux obligations de ne pas faire, donne au créancier le droit de demander au tribunal la destruction de ce qui aurait été fait indûment et admet même qu'il puisse être autorisé à le détruire au dépens du débiteur, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu; quant à l'article 1144, relatif aux obligations de faire demeurées en souffrance, il prévoit que le créancier soit autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation, aux dépens du débiteur. Grâce à ces procédures, le créancier obtiendra l'exécution directe de l'obligation; par exemple, il détruira, avec l'autorisation du tribunal, le mur que son voisin avait élevé par contravention à l'engagement, ou bien, à l'inverse, il fera construire, aux frais de son débiteur, le mur que celui-ci s'est engagé à édifier et qu'il négligeait d'élever. Le tribunal, saisi d'une demande à ces fins, a d'ailleurs, quant à la suite à lui donner, un pouvoir d'appréciation souverain que la Cour de cassation lui reconnaît dans les obligations de faire aussi bien que dans celles de ne pas faire (Req. 18 juin 1883, D. P. 1884, 5, 353; Civ. 2 fév. 1904, D. P. 1904, 1, 271) : il résulte de ces arrêts que la décision des juges du fond échappe au contrôle de la Cour de cassation; l'opportunité de la mesure sollicitée est une question de fait, non de droit.

593. Obligations dont l'exécution présente un caractère strictement personnel. - Nous supposons désormais qu'il s'agit d'une obligation dont l'exécution en nature implique l'intervention du débiteur lui-même : c'est un peintre qui s'est engagé à exécuter un tableau; c'est un enfant mineur, c'est une femme mariée qui sont mis en demeure de réintégrer le domicile paternel ou conjugal; c'est un artiste qui a signé un engagement théâtral. Nous sommes alors tout à fait dans le cadre de l'adage " nemo potest proeise cogi ad factum ", donc, dans les termes de l'article 1142 : est-il alors absolument vrai que le créancier ne puisse en aucune façon imposer au débiteur l'exécution en nature et que l'obligation se résolve, de par la résistance de celui qui en est tenu, en des dommages et intérêts ? Certainement non.

1° Il peut se faire que le créancier dispose d'une autre ressource : si l'obligation inexécutée dérive d'un contrat synallagmatique, il peut, soit user à l'occasion de l'exception non adimpleti contractus, soit, ayant lui-même fourni la prestation dont il était tenu, poursuivre la résolution du contrat en vertu de l'article 1184.

2° Il peut songer à demander assistance à la force publique. La jurisprudence se montre assez favorable à l'emploi de ce procédé, du moins pour l'exécution des obligations issues de la loi ou d'un jugement : les tribunaux ont admis le recours à la force publique pour sanctionner l'obligation qui incombe à l'enfant mineur de résider au domicile paternel (sup. t. I, n° 1091) et aussi le devoir de cohabitation dont est tenue la femme mariée, obligée d'habiter avec son mari, au lieu de " la résidence du ménage " (art. 213, § I, nouv. réd.). Les résultats obtenus n'ont d'ailleurs pas été heureux: outre que le procédé répugne à nos moeurs par sa brutalité, et qu'il va

à l'encontre de l'adage " Nemo potest proeise cogi ad factum ", il est une cause de scandale et surtout il est inefficace, puisque l'enfant vagabond ou l'épouse volage, qui ne sauraient être incarcérés au domicile paternel ou conjugal, s'évaderont sans doute à la première occasion, si bien que tout sera à recommencer et que la gendarmerie sera fort occupée à assurer le triomphe de l'autorité paternelle ou de la puissance maritale : l'exécution manu militari est à la fois excessive et inefficace ;

3° Mais il est un autre procédé qui présente sur le précédent cette double supériorité, d'abord de ne pas violenter la personne physique du débiteur, puis d'aboutir à un résultat tangible : c'est celui des astreintes.

594. Théorie des astreintes. - L'astreinte est une condamnation pécuniaire qui est prononcée à raison de " tant " par jour, par semaine, par mois ou par année de retard, et qui tend à vaincre la résistance du débiteur d'une obligation de faire, à exercer une pression sur la volonté : grâce à la progressivité qui le caractérise, ce système est d'une efficacité, d'une sûreté à toute épreuve; il n'est pas de fortune qui soit à même de résister à une pression continue et sans cesse accentuée; la capitulation du patient est fatale; on a raison de sa résistance, et cela sans avoir exercé de violence sur sa personne même : c'est à ses biens que l'on s'en prend; c'est sa fortune, ses ressources matérielles que l'on vise.

595. Applications. - Les applications de ce système sont de tous les jours.

1° La plupart concernent des obligations issues de la loi ou d'un jugement :

a) Obligation qui incombe à la femme mariée d'habiter avec son mari (art. 213 § I, nouv. réd.) : l'astreinte obligera la fugitive à réintégrer le domicile conjugal, tellement elle rendra ruineuse une indépendance contraire à la loi (Req. 26 juin 1878, D. P. 1879, I, 80; Lyon, 24 fév. 1909, D. P. 1910, 2, 172; Trib. civ. Seine, 6 mars 1911, D. P., 1911, 5, 28. Voy. sup. t. I, n° 871).

b) Obligation, pour l'un des époux séparés de corps ou divorcés, de rendre les enfants, de les représenter à celui des parents qui en a obtenu la garde. (V. les décisions intervenues dans la fameuse affaire de Beaufremont, D. P. 1878, 2, 127). Toutefois, cette application de la théorie des astreintes a perdu de son intérêt depuis que la loi du 5 décembre 1901 est venue édicter, contre le parent récalcitrant, une sanction d'ordre pénal (C. pénal, art. 357, complété par cette loi, qui prévoit un emprisonnement jusqu'à concurrence d'une année ou de trois ans, suivant les cas) ;

c) Obligation, pour un plaideur, de restituer, de produire des pièces, des documents qu'il détient; le jugement qui lui impose cette production peut assurer l'efficacité de la condamnation en l'assortissant d'une astreinte (Civ. 7 nov. 1923, D. P. 1926, I, 171).

Mais il a été jugé qu'une astreinte ne pourrait être prononcée contre un conservateur des hypothèques en vue de la remise d'un état que la loi lui impose cependant de délivrer sans retard (Toulouse, 1er avril 1901, S. 1905, 2, 201, note WAHL) ; la solution est d'ailleurs discutable.

d) Obligation, pour l'auteur d'une infraction à la loi pénale, d'exécuter les mesures qui avaient été prescrites par les juges correctionnels, à titre de réparation envers les parties civiles (Crim. 20 janv. 1938, D. H. 1938, 228).

596. - 2° On a contesté jadis que l'astreinte pût servir à assurer l'exécution des obligations contractuelles (V. dans l'affaire Rosa Bonheur, Paris, 4 juillet 1865, D. P. 1865, 2, 201).

Actuellement, et depuis longtemps, la généralité d'application de la théorie n'est plus en question : c'est ainsi qu'une astreinte peut être prononcée contre une compagnie d'éclairage qui a supprimé indûment le courant à un de ses clients; en la condamnant à le rétablir, le tribunal prononcera contre la compagnie récalcitrante une astreinte fixée à tant par jour du retard qu'elle mettra à s'exécuter (Req. 1er déc. 1897, D. P. 1898, I, 289, note PLANIOL).

La théorie des astreintes a donc une très large sphère d'application; elle assure l'exécution de toutes les obligations de faire, quelle qu'en soit la source, et si personnelles qu'on puisse les supposer. Mais son application a un caractère facultatif pour le juge qui n'est jamais tenu d'y recourir (Req. 15 mars 1892, S. 1892, I, 309; 7 juill. 1937, S. 1937, I, 294).

597. Critiques adressées à cette théorie des astreintes. - Astreinte et dommages-intérêts. – On reproche surtout à la théorie des astreintes son caractère prétorien : nul texte ne permet au juge de peser ainsi sur la volonté du débiteur au moyen de " tours de vis " répétés et progressifs. Il est vrai que la loi prévoit que ce débiteur puisse être condamné à des dommages-intérêts; mais autre chose est l'astreinte, autre chose une condamnation à des dommages-intérêts pour cause de retard :

1° Les dommages-intérêts tendent à remplacer l'exécution en nature, au lieu que l'astreinte tend à assurer au créancier cette exécution ;

2° Les dommages-intérêts impliquent l'existence d'un dommage subi par le créancier et auquel le tribunal doit se référer dans sa décision; mais le jugement qui prononce une astreinte n'a pas même à constater l'existence d'un préjudice (Req. 6 fév. 1900, D. P. 1900, I, 167) ;

3° L'astreinte, à la différence des dommages- intérêts, n'est pas fixée en fonction du dommage subi par le créancier, mais, ce qui est bien différent, en considération de la fortune, des ressources du débiteur récalcitrant : l'instrument est approprié à l'effort à accomplir et le juge n'a pas à justifier, dans sa décision, que la somme à laquelle il s'arrête représente exactement le préjudice résultant, pour le créancier, du retard apporté à l'exécution (Civ. 5 juill. 1933, S. 1934, I, 337) : tout dépend de la résistance à vaincre et que le tribunal apprécie souverainement. S'il le faut, l'astreinte sera de 1 000 ou de 10 000 francs par jour de retard (Req. arrêt du 1er déc. 1897; comp. sur le principe, Civ., 20 janv. 1913, S. 1913, I, 386) : comme il résulte de cette dernière décision, le chiffre de l'astreinte peut être majoré, après coup, sur de nouvelles conclusions du créancier : à un effort insuffisant succède un effort plus grand, jusqu'au succès final ;

4° L'astreinte n'a qu'une valeur provisoire, et c'est une nouvelle différence essentielle avec les dommages-intérêts ; la décision qui l'institue n'est pas susceptible d'exécution provisoire (Aix, 15 fév. 1937, D. H. 1937, 211) ; son but est d'assurer l'exécution : le jour où le résultat est obtenu, elle n'a plus de raison d'être; elle est supprimée ou réduite; elle est rabattue par le tribunal; elle n'avait qu'un caractère purement comminatoire; désormais, le débiteur s'étant exécuté, elle ne répond plus à rien. Sans doute, le tribunal peut décider qu'elle restera acquise au créancier, en tout ou en partie, mais c'est à titre de dommages-intérêts et à raison du retard apporté dans l'exécution (Req. 19 avril 1904, S. 1906, I, 390) ; en tant qu'astreinte, elle disparaît.

598. Véritable nature de l'astreinte. - L'astreinte n'est donc pas une réparation; elle n'a rien de commun avec les dommages-intérêts; elle est essentiellement une mesure, une voie d'exécution, un levier à l'aide duquel on pèse sur la volonté du débiteur pour lui arracher l'accomplissement d'une obligation de faire, strictement personnelle, qui lui incombait; grâce à elle, la règle *nemo potest proeise cogi ad factum* voit son domaine se rétrécir encore.

599. Confusion commise par la jurisprudence. La jurisprudence confond astreinte et dommages-intérêts; constamment, elle parle de dommages- intérêts alors qu'il s'agit d'astreinte (V. les décisions citées). Cette confusion est fâcheuse, mais moins grave qu'on ne pourrait d'abord le penser, parce qu'elle affecte uniquement la forme, la terminologie : tout en parlant de dommages-intérêts, les décisions judiciaires appliquent fort exactement le statut de l'astreinte.

600. Justification de la théorie. - Il est certain que, du moment qu'on distrait l'astreinte de la catégorie juridique des dommages-intérêts, on en rend la justification plus malaisée. Cependant, on a tenté de réaliser cette justification en faisant appel à une disposition du code de procédure, l'article 1036, aux termes duquel " les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ... "; or, dit-on, le tribunal ne fait pas autre chose, lorsqu'il prononce une astreinte, que d'adresser des injonctions au débiteur (Sic, A. Esmein, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim., 1903, p. 5).

On a contesté la légitimité de cette argumentation en faisant observer que l'article 1036 C. pr. vise uniquement la police de l'audience et qu'on ne saurait lui donner une portée d'application générale. Mais la loi du 23 déc. 1912, sur les habitations à bon marché, fournit un argument plus secourable lorsque, dans son article 6, § 3, elle décide que " les tribunaux peuvent ordonner l'insertion et l'affichage des jugements et la suppression de la dénomination des sociétés à bon marché, à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard ... " C'est la légalisation du système jurisprudentiel qui reçoit droit de cité, dans un cas particulier tout au moins (V. aussi l'art. 29, § 4, livre 1er, C. Trav., ajouté par une loi du 18 juill. 1937 instituant le statut légal des voyageurs de commerce), et qui peut donc se réclamer ainsi de l'approbation législative.

601. Conclusion : ce qui reste de la règle posée dans l'article 1142. - Même en faisant la part de la théorie des astreintes, il reste encore un champ d'application à la règle d'après laquelle les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent, en cas d'inexécution, en dommages- intérêts : il est possible, en effet, que, par suite de la carence du débiteur, l'exécution de l'obligation soit désormais de toute impossibilité; l'éventualité est à envisager et pour les obligations de faire et surtout pour les obligations de ne pas faire.

1° Obligations de faire. - Un artiste s'était engagé à paraître tel jour, sur telle scène; s'il s'est abstenu, l'irréparable est accompli; la théorie des astreintes, elle-même, devient inutilisable ;

2° Obligation de ne pas faire. - Généralement, par cela seul qu'elles ne reçoivent pas exécution au jour dit, elles deviennent irréalisables. Si l'artiste qui s'était engagé à ne pas paraître sur telle scène, y a joué cependant, l'inexécution est acquise, définitivement; on ne saurait passer l'éponge sur le fait accompli; de telle sorte que, dans cette direction, la théorie des astreintes demeure sans emploi possible. Et, effectivement, c'est toujours pour assurer l'exécution en nature des obligations de faire que cette théorie est employée, non pour faire obtenir au créancier celle d'une obligation négative dont l'inaccomplissement ne comporte, par définition même, d'autre remède que celui d'une condamnation à des dommages-intérêts. Et c'est là tout ce qui reste de la règle contenue dans l'article 1142 : avant d'en venir à sa consécration, laquelle n'a lieu qu'en désespoir de cause, il faut rechercher si l'exécution forcée en nature ne peut pas être assurée, soit par l'exception non adimpleti contractus, soit par les procédés des articles 1143 et 1144, ou en faisant appel à la force publique, soit enfin en utilisant le procédé des astreintes.

C'est seulement si ces diverses voies de droit sont inutilisables que le créancier devra se contenter

- si mieux il n'aime poursuivre la résolution du contrat en vertu de l'article 1184 - de dommages-intérêts, c'est-à-dire de l'exécution indirecte et sous forme d'équivalent dont il va être question maintenant.

Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, t. 2, Sirey, 1932-1933, n° 584 s.

(1) Sur l'exception *non adimpleti contractus*, v. la thèse de M. Cassin, et *La cause des obligations* de M. H. Capitant, n° 121 et suiv.

(2) L'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale a eu pour conséquences la désuétude d'une institution qui était avec elle dans un étroit rapport : la cession de biens. Le débiteur recourait à cette mesure en vue d'échapper à la contrainte par corps : il faisait abandon de ses biens à ses créanciers en règlement de ce qui leur était dû ; l'abandon ne portait d'ailleurs pas sur la propriété, mais uniquement sur l'administration ; le cédant était dessaisi ; il ne pouvait plus ni aliéner, ni administrer ses biens, ni les grever de droits réels ; les créanciers cessionnaires en avaient l'administration et la jouissance ; ils pouvaient les vendre pour se payer sur le prix. La cession de biens, réglementée dans les art. 1265 à 1270, toujours en vigueur, est devenue une institution morte et son étude ne présente plus d'intérêt pratique.