

## Les techniques de préservation de l'exécution en nature\*

**1.** Nemo praecise cogi potest ad factum, l'ennemi est désigné. Obstacle majeur à l'exécution (forcée) en nature des obligations, spécialement de faire ou de ne pas faire, l'adage selon lequel personne ne peut directement être contraint d'accomplir un fait, dont l'écho le plus significatif résonne à l'article 1142 du Code civil, n'a eu de cesse de suggérer le développement de techniques destinées à assurer indirectement l'exécution en nature des obligations. Qu'il s'agisse de techniques « douces » favorisant l'exécution spontanée ou de techniques plus « dures » assurant l'exécution forcée, elles tendent toutes vers un seul but : garantir le respect de la parole donnée, obtenir en définitive l'exécution de ce qui a été promis.

**2.** Expression des principes de dignité et d'inviolabilité de la personne humaine, la prohibition des condamnations ad factum n'a pas attendu les lois de bioéthique de 1994 et l'inscription de ces principes dans notre « autel des lois » pour être effective. C'est à Antoine Favre, président du Sénat de Savoie au XVI<sup>e</sup> siècle (et père de Vaugelas), que l'on doit la maxime nemo praecise ... Pourtant, la règle qu'elle exprime proviendrait d'une interprétation discutable du Digeste et, en tout état de cause, ne correspond plus à l'état de l'Ancien Droit à la veille de la Révolution. À cette époque, comme à la fin de l'Empire Romain, l'exécution en nature était devenue le principe. Mais pour le consacrer, encore fallait-il reconnaître pleinement l'existence des obligations de faire ou de ne pas faire. Encore fallait-il admettre qu'en s'engageant à faire ou à ne pas faire, le débiteur engage son activité et, par delà, sa personne même ; et que s'il n'exécute pas spontanément son obligation, c'est bien la prestation ou l'abstention promises, et non leur équivalent monétaire, qui peuvent être l'objet d'une exécution forcée. Or si cette analyse s'impose aujourd'hui à nous avec une certaine évidence, son origine nous enseigne qu'elle a eu du mal à s'imposer. Prises à la lettre, en effet, les dispositions de l'article 1142 du Code civil impliquent que l'obligation de faire n'est pas une véritable obligation civile ou, plus exactement, qu'elle est une simple obligation facultative. Le raisonnement est connu. Parce que l'homme ne saurait aliéner sa personne en obligeant son activité, le débiteur est seulement tenu, in obligatione, de verser une somme d'argent mais il peut seul décider de se libérer en accomplissant, in solutione, une prestation. D'où l'impossibilité de l'y contraindre puisque lui seul peut décider de se libérer par son travail. Toute l'évolution a consisté à dépasser cette analyse excessive qu'imposait la lettre étriquée du texte de 1804 et à mettre en avant son esprit, celui de ses principaux fondateurs. Favre lui-même justifiait la règle nemo praecise par l'idée que la contrainte ne pourrait se réaliser sans violence ni pression sur la personne même du débiteur. Pothier, à son tour, en limitait le jeu aux seules obligations à l'exécution desquelles le débiteur ne pourrait être contraint sans que l'on attentât à sa personne et à sa liberté. Bigot-Préameneu, enfin, commentant le texte du futur article 1142 du Code civil, expliquait qu'il avait pour but d'éviter une violence exercée sur la personne du débiteur. Protection de la liberté individuelle par le refus d'exercer des violences physiques sur la personne du débiteur, tel est le fondement de l'article 1142 du Code civil. C'est donc à son aune qu'il convenait d'interpréter les dispositions du texte et c'est à partir de cette lecture raisonnée du texte que se sont développées des techniques destinées à préserver l'exécution en nature des obligations sans pour autant porter atteinte à la personne de l'obligé.

**3.** Pour l'essentiel, le progrès a consisté à substituer aux procédés de contrainte sur la personne du débiteur, des moyens de pression sur son patrimoine. L'évolution accompagne d'ailleurs celle de la notion d'obligation laquelle ne lie plus tant deux personnes que deux patrimoines. On est bien loin de la manus injectio de l'antique Loi des XII Tables qui permettait au créancier, à certaines conditions, d'enchaîner et de traîner son débiteur dans sa prison privée, de le présenter dans trois marchés successifs aux fins de paiement par un tiers et, à défaut de règlement dans un

délai de 60 jours, de le vendre comme esclave ou de le contraindre à travailler jusqu'à extinction de la dette.

Aujourd'hui et depuis 1867, la contrainte par corps a pratiquement disparu et ne subsiste plus au profit du Trésor que dans deux domaines très particuliers, en matière pénale et fiscale. Quant à l'exécution dite « manu militari » faisant appel à la force publique, elle est en matière civile largement tombée en désuétude : il y a bien longtemps que l'épouse volage qui déserte le domicile conjugal n'est plus ramenée entre deux gendarmes ou que le mineur vagabond n'est plus arrêté pour être incarcéré. Même les procédures d'exclusion d'un occupant sans droit ni titre épargnent le plus souvent la personne de l'occupant pour ne porter que sur l'enlèvement et le déplacement forcés de ses biens. Privé du nécessaire, il est alors contraint de quitter les lieux.

La contrainte s'est déplacée de la personne vers le patrimoine et c'est ce qui en a permis le développement. Pour autant, toute forme de contrainte, fût-elle patrimoniale, n'est pas permise ni souhaitable.

**4.** Afin de sérier les difficultés, plusieurs distinctions méritent d'être opérées. Il est d'usage d'opposer les obligations monétaires et les obligations en nature. S'agissant des premières, on enseigne en général qu'elles se prêtent volontiers aux procédures d'exécution forcée grâce notamment à l'arsenal des saisies mis à la disposition du créancier impayé. Pourtant, il est des obligations monétaires dont le juge se refusera d'ordonner l'exécution, préférant condamner le débiteur récalcitrant au paiement de dommages et intérêts. Réparation plus que paiement forcé.

S'agissant des obligations en nature, plusieurs sous distinctions s'imposent. À lire le Code civil, il semble que seules les obligations de donner peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en nature [1]. Mais comment pourrait-on forcer un transfert de propriété qui, par hypothèse, se réalise automatiquement ? Il n'y a pas à forcer l'exécution d'une obligation de donner pour la simple raison que son débiteur n'a pas le pouvoir d'empêcher l'exécution, cette automaticité « proprement inhumaine » conduit à rallier le courant doctrinal suggérant de renvoyer l'obligation de donner au « Panthéon des obligations » et à lui préférer l'idée d'un effet légal attaché au contrat [2]. Faut-il pour autant traiter de la même façon toutes les obligations de faire et de ne pas faire ? Assurément non.

**5.** Tout d'abord, la « redécouverte de l'obligation de praestare » [3], vieille obligation romaine dissimulée derrière le voile de l'obligation de faire (encore que certains la rattachent à l'obligation de donner en se fondant sur l'art. 1604 du Code civil), conduit à distinguer là où le Code civil ne distingue pas. Qui ne voit, en effet, le fossé qui sépare l'obligation de faire du médecin, de l'architecte, du plombier ... qui implique la personne même du débiteur, son savoir, son savoir-faire, son habileté, et l'obligation de livrer une marchandise, de mettre le bien loué à disposition du locataire, autant d'obligation de praestare qui n'impliquent pas la personne elle-même parce qu'elles portent sur des choses ?

La summa divisio des obligations n'est-elle pas là ? Entre les obligations de faire -au sens de facere- qui impliquent la personne et sont rebelles à l'exécution forcée et les obligations de praestare qui portent sur des choses et supportent en conséquence de faire l'objet d'une telle exécution forcée. Au fond, il est même permis de se demander si l'obligation de praestare n'est pas « la seule susceptible d'exécution forcée en nature ». Il est vrai que la jurisprudence accepte de condamner le vendeur à livrer, le bailleur à délivrer le bien loué, l'emprunteur à restituer la chose prêtée, l'acheteur à prendre livraison, etc.

**6.** Mais réduire le domaine de l'exécution en nature aux seules obligations de praestare est excessif car une seconde distinction est introduite parmi les obligations de faire, ancienne et connue, entre les obligations personnelles, marquées par un fort intuitus personae et mettant en jeu les qualités « irréductiblement personnelles du débiteur », obligations qui ne sauraient faire l'objet d'une quelconque exécution forcée en nature, et les autres obligations de faire qui, au contraire, l'admettent.

La raison généralement avancée tient à la fois au respect de la liberté individuelle (nemo praecise ...) et à la piètre qualité du travail qui serait accompli sous la menace d'une sanction, fût-elle économique. Ainsi évoque-t-on le peintre que l'on ne saurait contraindre à achever ou à divulguer son œuvre [4], fût-ce sous astreinte, ou encore le comédien qui ne peut être condamné à monter sur scène, le professeur à dispenser son cours, l'intervenant à un colloque à prendre la parole, etc.

**7.** Outre la liberté individuelle déclinée en de multiples facettes qui fait obstacle à l'exécution forcée, c'est aussi l'impossibilité d'exécution qui légitime le refus d'une condamnation ad factum. Ainsi en est-il de la prestation qui devait être fournie à une date fixe lorsque celle-ci est passée ou de l'obligation de ne pas faire, ne pas divulguer par exemple, lorsque l'information confidentielle a été communiquée.

Refus du débiteur d'exécuter, liberté individuelle, impossibilité d'exécution, autant d'obstacles à l'exécution en nature des obligations que le recours à certaines techniques peut parfois permettre de lever. Quelles sont ces techniques ? Mais d'abord, qu'entend-on par technique ?

**8.** Au singulier, la technique s'entend, selon Demogue (in Notions fondamentales), de « l'habileté à adapter les moyens à des fins déterminées », cette habileté devenant dans le domaine du droit « l'art de concilier les intérêts par des mesures exactement adaptées au but » poursuivi. Au pluriel, les techniques sont l'ensemble des moyens, instruments, règles tant légaux que jurisprudentiels, notions ou clauses susceptibles d'être mis en oeuvre pour atteindre un but défini. Le lien entre le singulier et le pluriel s'établit quant à lui dans l'art de concilier les intérêts contradictoires en présence.

Préserver l'exécution en nature, tel est le but recherché par le créancier. S'y soustraire, telle est l'intention présumée, ou du moins pressentie, du débiteur. L'opportunité de lui donner effet, telle est la délicate tâche incombant au juge.

**9.** À la myriade de techniques susceptibles d'être développées en vue de préserver les intérêts légitimes du créancier s'opposent des droits et libertés, le plus souvent fondamentaux, derrière lesquels le débiteur tentera de s'abriter. La confrontation des différentes techniques à ces droits et libertés permettra d'en mesurer l'efficacité; une efficacité qui, on le devine aisément, varie selon le niveau d'atteinte portée à la liberté du débiteur.

Certaines techniques, en effet, ont essentiellement pour objectif d'inciter le débiteur à s'exécuter. Conduisant à une exécution spontanée, volontaire, ces procédés sont sans doute les plus efficaces et les moins contestables. À l'inverse, il est d'autres techniques dont la finalité est plus coercitive, visant à contraindre le débiteur à s'exécuter contre sa volonté ou, le cas échéant, à faire exécuter par un tiers. Ces techniques d'exécution forcée proprement dites sont plus sensibles et davantage exposées à la critique.

Préserver autant que possible l'exécution en nature conduit donc tantôt à favoriser l'exécution

volontaire (1), tantôt à assurer l'exécution forcée (II) des obligations.

## **I. - L'exécution volontaire**

**10.** L'exécution volontaire est une exécution spontanée de la part du débiteur. Elle constitue la reine des exécutions puisque c'est le débiteur lui-même, de son propre chef, qui s'exécute. Comment y parvenir ? Le ressort de la spontanéité est l'envie, l'envie naît de l'intérêt et l'intérêt présente lui-même une double facette :

- positive, d'abord, celle de la séduction : le débiteur s'exécute parce que le contrat lui est profitable;

- négative, ensuite, celle de l'aiguillon : il s'exécute parce qu'il risque davantage en ne s'exécutant pas.

L'exécution volontaire est dans le premier cas intéressée (A), dans le second résignée (8).

## **A. - L'exécution intéressée**

**11.** L'exécution est intéressée lorsqu'elle est utile, c'est-à-dire profitable pour chacune des parties au contrat. Cette approche utilitariste du contrat, essentiellement développée dans le cadre de l'analyse économique du droit des contrats menée outre-Atlantique, tend souvent à revêtir en France l'habit du solidarisme auquel de savants auteurs prêtent habilement leur plume. Loin d'opposer ces deux approches du phénomène contractuel, il convient d'observer que la plupart des solutions alimentant la nouvelle devise contractuelle « loyauté, solidarité, fraternité » [5] peuvent également se fonder sur une approche économique dont l'utilitarisme serait le maître mot. La préservation de l'utilité du contrat constitue ainsi le garant de son exécution intéressée, donc volontaire. L'on peut alors distinguer deux périodes d'intervention :

- en amont, il s'agira de prévenir le risque d'inutilité (1) ;

- en aval, de traiter le fait d'inutilité (2).

### **1. Prévenir le risque d'inutilité**

**12.** Prévenir le risque d'inutilité du contrat suppose tout d'abord de protéger le consentement des parties. D'abord sa liberté à travers le vice de violence, y compris économique ; ensuite son intégrité via les autres vices du consentement ; enfin, sa qualité grâce, d'une part, aux multiples obligations d'information, tant générales que spéciales, jurisprudentielles que légales, dont sont bénéficiaires certains contractants, souvent consommateurs, parfois professionnels [6], d'autre part, aux nombreux délais de réflexion et/ou de rétractation dont notre législation contemporaine multiplie parfois à l'excès les illustrations. Expression d'un devoir de transparence, ces modalités sont avant tout destinées à instaurer une procédure devant conduire à la formation de contrats équilibrés.

Prévenir le risque d'inutilité se traduit ensuite par la suppression des clauses pouvant nuire à la pleine efficacité du contrat. On songe évidemment aux clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ainsi qu'à leur pendant dans les relations entre professionnels dont la célèbre jurisprudence Chronopost constitue l'illustration la plus significative. Parce qu'une obligation sans sanction a peu de chances d'être exécutée, l'utilité du contrat est restaurée par la suppression de la clause évasive de responsabilité (encore que l'application du contrat-type auquel renvoie la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 juillet 2002 aboutisse à une solution voisine de la clause éradiquée et fasse bien peu de cas de l'utilité du contrat).

Prévenir le risque d'inutilité du contrat conduit enfin à veiller à instaurer un équilibre contractuel minimal sans lequel l'une des parties ne pourrait qu'être tentée d'échapper au lien dans lequel elle s'est imprudemment engagée. Parmi les instruments de cet équilibre, la proportionnalité occupe une place de choix, tantôt directement, tantôt par le relais d'une conception renouvelée de la cause, en n'exigeant pas une parfaite équivalence entre les prestations mais en interdisant les déséquilibres excessifs. Le contrôle de l'abus participe du même esprit, en particulier lorsqu'il vient contrebalancer le pouvoir unilatéral reconnu à l'une des parties de fixer le prix du contrat. L'abus consistera alors, dans une perspective solidariste, à fixer le prix en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de son partenaire, tandis qu'une approche économique caractérisera l'abus par le déséquilibre excessif entre les prestations, c'est-à-dire par un prix manifestement trop élevé au regard du marché. L'équilibre contractuel se traduit aussi, dans certains contrats, notamment d'entreprise, par l'absence de prédétermination du prix comme condition de validité, celui-ci étant fixé ultérieurement une fois l'ouvrage achevé, c'est-à-dire à une époque où il peut être évalué en connaissance de cause.

Préserver l'utilité du contrat en vue de favoriser son exécution spontanée et intéressée impose d'agir en amont pour prévenir le risque d'inutilité. À défaut de prévention, il convient, en aval, de traiter le fait d'inutilité.

## **2. Le fait d'inutilité**

**13.** Le fait d'inutilité correspond à l'hypothèse d'un contrat qui, en cours d'exécution, devient partiellement ou totalement inutile, cette inutilité pouvant ou non être imputée à l'une des parties. Des techniques sont alors développées en vue de préserver autant que possible l'utilité résiduelle du contrat et favoriser son exécution spontanée.

Ainsi en est-il de l'article 1184 du Code civil qui offre au juge, saisi d'une demande en résolution, la faculté d'ordonner la poursuite du contrat qu'il estime encore utile malgré l'inexécution tout en prononçant, le cas échéant, une condamnation au paiement de dommages-intérêts.

La réfaction du contrat sanctionnant l'inexécution partielle traduit le même souci d'adaptation du contenu contractuel aux aléas de son exécution. Pratiquée essentiellement en matière commerciale, elle connaît un discret développement en droit civil [7] qui pourrait bien se généraliser sous l'influence des Principes du droit européen du contrat qui la consacrent (article 9.401).

Il est permis de rattacher à la même recherche de préservation de l'utilité du contrat la

jurisprudence qui prive d'effet les clauses résolutoires mises en oeuvre de mauvaise foi. Outre l'aspect moral qu'il ne faut certes pas nier, apparaît en filigrane la volonté de neutraliser l'acte d'anéantissement rendant, de ce fait, le contrat inutile. En d'autres termes, le contrat n'est point résolu parce qu'il est encore utile.

Enfin, lorsque le fait d'inutilité n'est imputable à aucune partie en ce qu'il provient d'un bouleversement des circonstances externes, la jurisprudence impose au contractant en position de force l'obligation de renégocier le contrat devenu déséquilibré. Généralement fondée sur un devoir de solidarité, voire d'altruisme ou d'abnégation, cette solution retenue depuis le fameux arrêt Huard par la Chambre commerciale de la Cour de cassation et à laquelle la première Chambre civile ne semble pas hostile [8], peut tout aussi bien s'appuyer sur un fondement utilitariste. Il s'agit dans cette perspective d'obliger les parties à prendre les mesures concrètes pour permettre l'exécution utile du contrat telle qu'elle a été voulue lors de la conclusion de l'acte. C'est d'ailleurs bien la raison pour laquelle la première Chambre civile exclut, dans l'arrêt précité, toute renégociation dès lors que le déséquilibre existait déjà au moment de la conclusion du contrat.

**14.** Préserver l'utilité du contrat favorise incontestablement son exécution volontaire en nature. Mais parfois l'attrait est insuffisant à provoquer l'exécution spontanée. Celle-ci suppose alors un aiguillon, le débiteur s'exécutant parce qu'il a davantage à perdre en ne s'exécutant pas. L'exécution, quoique volontaire, n'est plus tant intéressée que résignée.

## **B. - L'exécution résignée**

**15.** L'exécution résignée est celle qu'accomplit volontairement le débiteur parce qu'une pression s'exerce sur lui et le convainc qu'il est préférable de s'exécuter. Les procédés de contrainte indirects sont bien connus et leur degré d'efficacité est généralement élevé. Les premiers auxquels on songe sont ceux qui menacent le débiteur en situation d'inexécution et dont la vertu comminatoire suffit le plus souvent à vaincre son inertie. Mais, paradoxalement, il est aussi d'autres procédés efficaces qui, en apparence du moins, confèrent au débiteur une marge de liberté accrue.

La résignation est donc provoquée tantôt par la menace (1), tantôt par la liberté (2).

### **1. La menace**

**16.** La menace de sanction en cas d'inexécution évoque peut-être celle d'une sanction (a) ou d'un blocage (b).

#### **a) La menace de sanction**

En cas d'inexécution, on évoque des mécanismes contractuels trop connus pour qu'il soit nécessaire de les développer. Pour l'essentiel, la fonction comminatoire recherchée peut être atteinte par la clause pénale ou par l'astreinte.

S'agissant de la clause pénale, laquelle établit une évaluation forfaitaire et conventionnelle des dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution, il convient simplement de rappeler que son effet intimidant suppose que l'indemnité convenue soit fixée à une somme qui, très certainement, excédera le préjudice éprouvé par le créancier. Elle constitue alors une espèce de peine privée de nature à dissuader le débiteur de ne pas s'exécuter ... à moins que cette peine soit manifestement excessive et conduise le juge à en modérer le montant par application de l'article 1152 du Code civil, ce qui en réduira inmanquablement la portée. Reste que, d'une part, la simple présence de la clause peut suffire à avoir un effet intimidant sur le contractant récalcitrant et que, d'autre part, sa modération requiert une action en justice aux résultats incertains que le débiteur hésitera plus d'une fois à mettre en oeuvre.

Voisine de la clause pénale, l'astreinte dont on a déjà depuis longtemps observé « l'invasion » est un procédé de contrainte indirecte dont le rôle comminatoire est redoutablement efficace. Là aussi, le mécanisme est trop connu pour qu'il soit utile de le développer. Deux séries de difficultés méritent toutefois d'être relevées.

- La première concerne le domaine de l'astreinte : toute obligation est-elle susceptible d'astreinte ? S'il est admis que le domaine de l'astreinte est large, son application aux obligations très personnelles, marquées par un fort *intuitus personae*, est en revanche débattue. Deux séries d'arguments sont invoquées.

- D'une part, la piètre qualité de la prestation susceptible d'être fournie sous l'empire de la contrainte. Mais, sans rappeler que c'est sous la contrainte que Rossini a écrit en trois jours de l'année 1816 le *Barbier de Séville*, ne peut-on pas laisser le créancier libre de décider de demander l'exécution forcée de l'obligation ? Si la qualité artistique de ce qu'il reçoit n'est pas au rendez-vous, il ne pourra guère s'en prendre qu'à lui-même.

D'autre part, c'est le second argument invoqué pour exclure le jeu de l'astreinte, la liberté de création et, plus largement, la liberté intellectuelle interdiraient toute condamnation sous astreinte. Le talent, dit-on, requiert une « totale spontanéité et une complète indépendance ». Mais, là aussi, l'argument peut être combattu.

- D'abord, et la remarque est formulée par le rapporteur de synthèse de cette journée d'étude, il est des artistes qui manifestement abusent de leur droit moral, en particulier de leur droit de divulgation. Tel était le cas dans la célèbre affaire Whistler où le peintre avait achevé le portrait de Lady Eden et l'avait même exposé publiquement avant de refuser de le livrer. Dans ce cas, une condamnation à livrer sous astreinte pourrait fort bien être envisagée.

- Ensuite, s'il est nécessaire de préserver la liberté intellectuelle du créateur, il est tout aussi impérieux de protéger les attentes légitimes du créancier. Un parallèle avec le droit anglais s'avère ici instructif. Celui-ci part du principe que la partie lésée par l'inexécution est suffisamment satisfaite par l'allocation de dommages-intérêts. Le principe est qu'en cas d'inexécution contractuelle, le créancier n'a droit qu'à des dommages-intérêts qui suffisent à le satisfaire. Exception à ce principe est apportée dans plusieurs hypothèses, en particulier lorsque le bien est unique, qu'il n'est pas « substituable » en ce que l'argent ne saurait satisfaire le créancier, ce qui déclenche le mécanisme de « *specific performance* » que l'on traduira par « exécution forcée en nature ». Or n'est-ce pas justement dans le cas où les prestations sont liées à la personne qu'elles sont le moins substituables ? C'est-à-dire que l'allocation de dommages-intérêts est la moins satisfaisante pour le créancier ?

Les droits légitimes du créancier acquièrent avec cette analyse un rayonnement supplémentaire. Est-il pour autant suffisant pour faire prévaloir les intérêts du créancier sur le droit moral de l'auteur ? C'est douteux. En revanche, pourquoi ne pas admettre une condamnation sous astreinte de l'artiste récalcitrant ? Au final, son droit moral lui permettrait toujours de refuser de divulguer son oeuvre, mais il devra être prêt à payer le prix de son « débat intérieur », quitte pour le juge, à en tenir compte lors de la liquidation de l'astreinte.

- La seconde difficulté de l'astreinte concerne son caractère conventionnel. Si la validité des clauses d'astreinte fait l'objet d'un vif débat doctrinal, la Cour de cassation l'admet implicitement en les qualifiant de clauses pénales moratoires malgré les efforts déployés par une partie de la doctrine (ici représentée) pour distinguer les deux types de clauses. Cette confusion permet évidemment au juge de faire application de son pouvoir de modération [9], ce qui a l'insigne mérite d'éviter de reproduire avec l'astreinte les excès rencontrés avec la clause pénale avant 1975.

La menace qui pèse sur le débiteur a généralement pour objet une sanction. Clause pénale et astreinte en fournissent les principales illustrations. Mais elle peut aussi avoir pour objet un blocage.

b) La menace de blocage

**17.** La menace de blocage peut, en premier lieu, viser le contrat lui-même à travers trois mécanismes au moins.

- L'exception d'inexécution apparaît tout d'abord comme un procédé de contrainte efficace permettant au créancier de suspendre l'exécution de ses propres obligations tant que son débiteur n'exécute pas les siennes. Encore faut-il que ses conditions soient remplies, en particulier l'exigence de proportionnalité entre l'obligation initialement inexécutée et celle suspendue à titre de riposte.

- En acceptant de ne plus voir dans l'inexécution une « faute contractuelle » (D. Talion) pour n'y voir qu'un simple risque dont il convient d'organiser le traitement, les parties peuvent ensuite avoir intérêt à prévoir des clauses de suspension du contrat permettant de « débrayer en quelque sorte l'engrenage contractuel » (J.-M. Mousseron) dès lors que l'une des parties est en état d'inexécution ou s'en rapproche.

- Ce raisonnement conduit enfin à s'interroger, en l'absence de clause, sur l'efficacité en droit français de l'exception pour risque d'inexécution [10] qui permettrait d'anticiper le remède suspensif en considération, soit de la certitude d'une inexécution future (c'est par exemple le système de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises), soit de la simple probabilité d'une telle méconnaissance de la loi contractuelle (système notamment du Code de commerce uniforme des États-Unis et des Principes du droit européen du contrat, art. 8.105).

La menace de blocage peut ainsi viser le contrat mais elle peut aussi, en second lieu, viser un bien du débiteur. Chacun aura ici reconnu le droit de rétention qui, malgré le halot d'incertitudes l'entourant (son fondement, sa nature ...), constitue un formidable moyen de pression sur le débiteur.

Le débiteur se résigne à exécuter ses obligations lorsqu'il est menacé. Mais paradoxalement il peut également être incité à s'exécuter en raison d'une marge supplémentaire de liberté qui lui aura été reconnue.

## 2. La liberté

**18.** Cette liberté peut provenir d'une clause de dédit conférant à l'une des parties un droit de repentir lui permettant de revenir sur son engagement moyennant, le plus souvent, le paiement d'une indemnité, prix de cette liberté exceptionnelle. Parce qu'elle offre précisément une liberté plus qu'elle ne contraint ou sanctionne, la clause de dédit échappe en principe à la révision des clauses pénales excessives. Mais pour peu que l'indemnité soit suffisamment élevée, elle dissuadera naturellement le débiteur d'en faire usage et l'incitera à exécuter en nature son obligation. Le risque d'une requalification en clause pénale doit alors être pris en considération. Tout est affaire de mesure.

De façon plus générale, une telle liberté de choix pourrait-elle être obtenue par l'introduction dans le contrat d'obligations facultatives ou alternatives ? Il s'agirait de prévoir, pour chaque obligation en nature, son pendant (in obligatione ou in solutione) monétaire. Mais la tentative serait sans doute vouée à l'échec dans la mesure où le débiteur pourrait fort bien méconnaître les deux objets de son obligation et ainsi contraindre son créancier à invoquer la double inexécution pour demander l'exécution forcée ou des dommages-intérêts, autrement dit se placer sur le terrain de l'article 1184 du Code civil. Retour à la case départ !

Pourtant, la liberté de choix constitue sans doute une solution à privilégier compte tenu des effets économiques appréciables auxquels elle conduit souvent. Que l'on songe à l'impossibilité qu'a aujourd'hui le vendeur, dans le cadre de la garantie légale des vices cachés, d'imposer à l'acheteur la réparation ou le remplacement de la chose viciée alors qu'il est sans doute de l'intérêt de tous que le contrat soit convenablement exécuté en nature. Fort heureusement, la directive du 25 mai 1999 sur la garantie des biens de consommation et le projet de loi de transposition font au contraire prévaloir la réparation et le remplacement sur la résolution du contrat ou la diminution du prix.

Préserver l'exécution en nature emprunte d'abord le canal de l'exécution volontaire, quoique parfois résignée. Lorsque la volonté du débiteur se braque, il ne reste plus qu'à mettre en oeuvre des techniques d'exécution forcée.

Pascal Puig, Professeur à l'Université Montpellier I, Revue des contrats, 01 janvier 2005 n° 1, P. 85 - Tous droits réservés

\* La forme orale de la communication a été conservée pour la publication

[1] Arg. du Code civil, art. 1142 a contrario.

[2] J. RAYNARD et P.-H. ANTONMATTÉI, Contrats spéciaux, Litec, n° 149.

[3] G. PIGNARRE, RTD civ. 2001, p. 41.

[4] Cass. civ. 1re, 14 mars 1900, aff. Whistler.

[5] D. MAZEAUD, in Mélanges F. Terré.

[6] Cf. par ex., Loi Doubin.

[7] C. ALBIGÈS, Le développement discret de la réfaction du contrat, Mélanges M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 3.

[8] Mais on sait combien est délicate « l'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », en

l'occurrence celui du 16 mars 2004 : D. 2004, p. 1754, note D. Mazeaud.

[9] C. civ., art. 1152.

[10] A. Pinna, in RTD civ. 2003, p. 31.