

II. - L'exécution forcée

19. L'exécution forcée, laquelle s'opère contre la volonté du débiteur ou, du moins, indépendamment de celle-ci, fait l'objet d'un traitement distinct selon qu'elle se rapporte à une obligation en nature (A) ou à une obligation monétaire (B).

A - L'exécution forcée des obligations en nature

L'exécution forcée des obligations en nature emprunte des mécanismes variables selon que l'obligation est de ne pas faire (1) ou de faire (2).

1. L'exécution forcée des obligations de ne pas faire

n

20. L'exécution forcée des obligations de ne pas faire est expressément visée par le Code civil à l'article 1143 qui prévoit la destruction de ce qui a été fait en violation d'une telle obligation. Ainsi peuvent être ordonnées la fermeture d'un fonds de commerce ouvert en violation d'une clause de non-rétablissement, la cessation d'un contrat de travail conclu au mépris d'une clause de non-concurrence ou encore la démolition d'une construction édifiée en contravention à une obligation de ne pas bâtir. Si, jusque dans les années 1960, les juges du fond avaient conservé un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité d'une telle solution, pouvant notamment préférer accorder des dommages-intérêts, la Cour de cassation décide désormais que la destruction de la construction irrégulière doit être ordonnée indépendamment de l'existence ou de l'importance du dommage, sous la seule réserve de l'impossibilité de démolir. Il s'agit donc bien d'ordonner le paiement forcé en nature de l'obligation de ne pas faire et non d'accorder la réparation du préjudice subi du fait de son non-respect. Pour autant, la distinction entre les deux remèdes est ténue et il n'est pas interdit de considérer que, dans la majorité des cas, l'exécution forcée emporte réparation du préjudice ou, si l'on préfère, que la réparation conduit au paiement en nature.

Il est toutefois des obligations de ne pas faire qui ne peuvent, en cas d'inexécution, faire l'objet d'un tel paiement forcé parce qu'il est trop tard, l'exécution étant devenue impossible. Ainsi en est-il des obligations de secret ou de confidentialité dont la violation emporte des conséquences sur lesquelles il est impossible de revenir. Seule une indemnisation a posteriori peut être envisagée, le cas échéant en application d'une clause pénale. Quant aux obligations de ne pas vendre à un tiers sans avoir préalablement offert la faculté d'acquérir à un bénéficiaire désigné (pactes de préférence ou de préemption), dont on connaît la faible sanction qui accompagne leur transgression, il est certaines techniques utilisées en droit des sociétés qui permettent d'en garantir un meilleur respect. Ainsi, pour empêcher que des cessions de titres n'interviennent en fraude des droits de préemption ou de préférence, les actionnaires peuvent désigner une tierce personne, souvent gestionnaire du compte, qui en qualité de mandataire commun ou de séquestre conventionnel se voit interdire de procéder au moindre virement sans l'accord des deux partenaires sous peine d'engager sa responsabilité.

2. L'exécution forcée des obligations de faire

21. L'exécution forcée des obligations de faire est plus délicate. La difficulté ne concerne guère les obligations de praestare qui peuvent faire l'objet d'un certain nombre de procédures d'exécution,

par exemple la saisie appréhension qui permet de contraindre une personne à la livraison ou à la restitution d'un bien meuble corporel. Ce sont surtout les obligations de faire qui soulèvent des difficultés, celles-ci variant selon que l'obligation est banale, donc substituable ou fongible, ou au contraire imprégnée d'intuitus personae.

- Dans le premier cas, il est possible de solliciter une tierce personne qui exécutera à la place du débiteur récalcitrant. Relèvent de cette technique les mécanismes de solidarité et de garantie comme, par exemple, la promesse de porte-fort dans l'exécution sur laquelle le dernier numéro de la RDC consacre des développements pratiques instructifs. En l'absence de convention particulière, l'obligation de faire substituable peut toujours être exécutée en nature par un tiers, aux frais du débiteur, en application de l'article 1144 du Code civil. Mais l'exercice de cette faculté de remplacement est subordonné, en matière civile du moins, à une autorisation judiciaire.

- S'agissant de l'exécution forcée des obligations de faire à caractère personnel, donc non substituables, la règle *nemo praecise* semble s'y opposer catégoriquement. On observe pourtant quelques altérations du principe, notamment en droit du travail où peut être ordonnée, au besoin sous astreinte, la réintégration de salariés illégalement licenciés. D'abord reconnu au profit des salariés protégés, représentants du personnel et délégués syndicaux, ce droit à réintégration a récemment été accordé à la femme enceinte et, quoique de manière implicite, en cas de licenciement intervenu en violation d'une liberté fondamentale. La mise en perspective de cette dernière jurisprudence devrait permettre de suggérer la possibilité d'un refoulement de l'adage *nemo praecise* au nom de la protection de droits fondamentaux et peut-être d'ajouter ainsi un argument supplémentaire à la validité des clauses de renonciation à l'article 1142 du Code civil. Devant quel droit fondamental du créancier la liberté individuelle du débiteur pourrait-elle bien céder le pas ? Probablement pas la liberté contractuelle dont on connaît la réticence du Conseil constitutionnel à reconnaître la pleine valeur constitutionnelle. En revanche, une réflexion plus poussée qui excède largement le thème de la présente Intervention permettrait de proposer une défense des droits du créancier sur le fondement du droit de propriété tel qu'il est notamment garanti par l'article 1er du 1er Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Puisque l'obligation isolée est un bien, le contrat conçu comme un ensemble d'obligations en constitue également un, appelant de ce fait une protection, non plus seulement en termes de respect du lien Obligatoire, mais au nom de la défense du droit de propriété. Empruntant au caractère fondamental de ce droit inviolable et sacré, les droits du créancier acquièrent du même coup une autorité accrue dans l'échelle des normes susceptible de contrarier (mais dans quelle mesure ?) la majesté hiératique de la liberté individuelle du débiteur.

B. - L'exécution forcée des obligations monétaires

22. S'agissant de ce type d'obligations dont on enseigne habituellement qu'elles se prêtent volontiers aux mesures d'exécution forcée, il est intéressant d'observer que la Cour de cassation semble, en certaines circonstances, assez encline à faire application de la théorie anglo-saxonne de la violation efficace du contrat (*efficient breach of contract*) en permettant à un contractant de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement, non pas de la dette monétaire souscrite, mais seulement de dommages-intérêts. L'exécution forcée cédant alors le pas à la réparation.

Un arrêt remarquable rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 22 octobre 1996 (*Approchim*) avait déjà adopté pareille solution. La société *Approchim* s'était engagée à confier 50 voyages à un transporteur pour un prix global forfaitaire. Mais après 5 voyages, le client résilia unilatéralement le contrat. Les juges du fond ordonnent le paiement au transporteur des rémunérations dues, lesquelles correspondent aux 45 transports restant à accomplir. L'arrêt

d'appel est censuré au motif que « le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en cas d'exécution de la convention ». Il s'ensuit que la Cour d'appel devait fixer le montant des dommages intérêts dus par la société cliente. Réparation du préjudice subi par le transporteur et non paiement forcé de sa créance.

Cette jurisprudence vient d'être reprise par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 novembre 2003 qui précise que la rupture unilatérale injustifiée d'un contrat synallagmatique à durée déterminée n'ouvre pas droit au paiement des rémunérations dues jusqu'au terme, mais seulement à l'attribution de dommages intérêts réparant le préjudice subi [1].

Dans les deux arrêts, il apparaît que le débiteur de l'obligation monétaire peut choisir entre l'exécution en nature caractérisant un paiement et la réparation du préjudice causé, le choix de cette seconde option pouvant s'avérer plus efficace que la première. Pareille option n'est d'ailleurs pas réservée aux seules obligations de somme d'argent. C'est en effet une idée similaire qui préside à « l'efficacité de la rétractation de la promesse » reconnue en jurisprudence [2].

23. Bien qu'elles ne correspondent guère à l'esprit du droit français, ces solutions peuvent se justifier.

Au plan juridique, un auteur a expliqué que cette mise à l'écart de « l'exécution forcée rétrospective » s'appuie essentiellement sur l'interdépendance des obligations et l'exigence de réciprocité, donc de commutativité, dans le contrat [3]. Au plan économique, il est permis d'observer que la solution prend en considération l'ensemble des intérêts en présence pour rechercher, avec pragmatisme, le compromis le meilleur. Il s'agit en effet de permettre au créancier de recevoir une compensation financière tout en offrant au débiteur la faculté de sortir du contrat et d'affecter ses ressources de manière plus profitable.

Mais le but général étant d'éviter le gaspillage des ressources économiques, on ne peut s'empêcher de mettre ces décisions en parallèle avec celles du 19 juin 2003 par lesquelles la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a refusé solennellement de consacrer la mitigation of damages en droit français au nom du principe de réparation intégrale de la victime malgré une rupture évidente dans la chaîne des causalités. Pourquoi, en effet, le créancier d'une obligation monétaire n'aurait-il pas droit au paiement de sa créance quand, dans le même temps, la victime d'un dommage est en droit d'obtenir une « ultra-indemnisation » [4] pour le préjudice qu'elle a elle-même contribué à provoquer ? Il y a là un décalage dans la mise en oeuvre des principes régissant le paiement des obligations et la réparation des dommages qu'il conviendra un jour de clarifier.

24. *Nemo praecise cogi potest ad factum*, l'adage est-il toujours l'ennemi de l'exécution forcée en nature des obligations ? Assurément non et depuis longtemps. L'obstacle à l'exécution en nature des obligations semble aujourd'hui davantage tenir aux hésitations doctrinales et jurisprudentielles entre plusieurs conceptions du contrat (solidariste, utilitariste, française, anglo-saxonne...), signe déjà relevé d'une « nouvelle crise du contrat ».

Point d'adversaire, donc, mais des tentatives réitérées de conciliation entre divers intérêts et principes contradictoires, les techniques pliant en définitive devant la technique en quête d'un équilibre toujours fuyant.

Pascal Puig, Professeur à l'Université Montpellier I

[1] Ph. Stoffel-Munck, RDC 2004, p. 653.

[2] D. Mainguy, RTD civ. 2004, p. 1.

[3] Ph. Stoffel-Munck, RDC 2004, p. 655 .

[4] J.-P. Chazal, note au D. 2003, p. 2326.