

L'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat est évidemment un thème très large, dont je n'aurai pas la prétention, en ce début d 'après-midi et dans le laps de temps qui m'est imparti, de faire un tour complet. Aussi me contenterai-je de quelques observations introductives.

Quelques mots, au surplus, pour le délimiter.

D'un côté, j'en retiendrai une conception large en voyant dans les difficultés d'exécution tout ce qui est le contraire d'une exécution spontanée, normale et paisible du contrat, tout ce qui peut aussi en altérer l'existence, y mettre fin. Mais d'un autre côté, je m'en tiendrai à la seule attitude du juge. Autrement dit, je ne traiterai pas de celle de l'arbitre, ni de celle du législateur (lois du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire, loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement des particuliers, loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution), ni de celle des parties elles-mêmes lorsqu'elles prennent soin d'anticiper les difficultés d'exécution du contrat pour en organiser le traitement (clauses de révision, de renégociation, de médiation, etc. ...).

Que fait donc le juge face aux difficultés d'exécution ? Et, en particulier, pour orienter cette question vers le thème général de cette journée, se sent-il ou non lié par un principe de respect de la loi contractuelle ?

Si l'on se tourne un instant vers les dispositions du Code civil envisageant cette question, on s'aperçoit que c'est en quelque sorte un double message qui lui est transmis à l'intention du créancier qui se heurte à des difficultés d'exécution de la part de son débiteur. D'une part, il lui appartient d'assurer la juste indemnisation de ce créancier, et uniquement cette indemnisation car la liberté du débiteur postule qu'il ne peut lui être imposé une exécution contre son gré (art. 1142 et 1147). D'autre part, il lui incombe de permettre à ce créancier de sortir d'un lien contractuel dont il ne voudrait plus (art. 1184). En d'autres termes, le juge est une sorte de double agent de la liberté :

- de celle du débiteur, qui a le droit d'éviter une exécution forcée par trop contraignante,
- et de celle du créancier, qui a le droit de faire disparaître une loi contractuelle méconnue ;

Or force est de reconnaître que l'attitude judiciaire contemporaine est assez loin de s'inscrire dans ce message des rédacteurs du Code civil. C'est une attitude délibérément active qui peut s'exprimer par les deux propositions suivantes :

- le juge n'hésite pas, surtout dans les contrats générateurs d'une prestation déterminée, ponctuelle, à imposer le respect de la loi contractuelle ;
- il n'hésite pas non plus, surtout dans les contrats à exécution successive, à protéger le lien contractuel au-delà des difficultés d'exécution qu'il peut connaître.

Ainsi, cette question des difficultés d'exécution invite-t-elle à bien distinguer le contenu du contrat (I) du lien contractuel (II).

I.- Le juge n'hésite pas à imposer le contenu du contrat

En dépit des termes bien connus de l'article 1142 du Code civil d'après lesquels "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur", le principe est incontestablement devenu aujourd'hui celui du respect de la loi

contractuelle (A), même si certaines limites lui sont encore apportées (B).

A - Le principe du respect de la loi contractuelle

Le point est bien acquis : la jurisprudence a progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe, dont la redoutable technique de l'astreinte est devenue l'auxiliaire privilégiée. Les exemples foisonnent de cette prééminence, et sont des plus divers: l'acheteur peut être condamné à prendre livraison de la chose vendue, le vendeur, à la livrer; le bailleur peut être condamné à délivrer la chose louée et assurer la paisible jouissance du preneur, et ce dernier qui refuse de quitter les lieux à l'expiration de son bail peut être expulsé (du moins en droit !); le cédant d'un fonds de commerce qui méconnaît une clause de non-concurrence peut se voir ordonner, pour la respecter, de fermer le fonds concurrent(1); le représentant du personnel, irrégulièrement licencié par son employeur, a le droit d'obtenir sa réintégration dans l'entreprise(2); le promettant qui s'est engagé à vendre s'expose, s'il refuse ensuite de passer l'acte, à voir le juge prendre une décision valant acte(3) ou encore, si un agrément du bénéficiaire est requis, à voir le juge désigner un administrateur provisoire qui réunira les associés et tiendra pour favorable à l'agrément le vote du promettant aujourd'hui récalcitrant(4).

Bref, c'est le triomphe de la loi contractuelle, un triomphe parfois des plus exigeants comme dans cette affaire où la Cour de cassation indique que si un entrepreneur s'est engagé à construire, pour accéder à une piscine, un escalier avec quatre marches, il doit le refaire s'il n'en a bâti que trois(5). Un triomphe que n'estompe pas, au demeurant, l'apparent désintérêt initial du créancier puisque, comme le précise à d'autres occasions la Haute juridiction, le droit à l'exécution forcée ne disparaît pas par le seul fait que, pendant plus mois, voire années, le créancier n'a pas réagi à l'inexécution de son débiteur(6). Une suprématie à laquelle contribuent, au surplus, certains textes plus particuliers qui renforcent l'attitude directive du juge.

D'abord, les articles 1143 et 1144 du Code civil qui, en 1804, apparaissaient comme des atténuations au principe de liberté individuelle qu'exaltait l'article 1142 en écartant l'exécution forcée en nature et qui, de nos jours, se présentent au contraire comme des compléments au principe nouveau de respect de la loi contractuelle posé par les juges. D'un côté, en effet, l'article 1143 permet au créancier d'obtenir que soit purement et simplement détruit ce qui a été fait par le débiteur au mépris de son engagement, et même de se faire autoriser en justice à le détruire lui-même aux frais du débiteur. De l'autre, l'article 1144 lui permet également, en cas d'inexécution, de se faire autoriser à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur, et, depuis la loi du 9 juillet 1991, le débiteur peut même être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution.

Ensuite, les articles 1425-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile qui organisent la procédure d'injonction de faire devant le tribunal d'instance, aux fins de satisfaire réellement le contractant non professionnel qui se heurte à l'inexécution d'un commerçant.

Enfin, les nombreuses dispositions actuelles sur la juridiction du référé qui, tant pour le président du tribunal de grande instance que pour celui du tribunal de commerce, sont sources d'importants pouvoirs d'injonction. On rappellera simplement par exemple que l'article 809 du nouveau Code de procédure civile précise que "le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement

contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire". C'est dire que le juge des référés doit pouvoir faire remettre les clés d'un appartement dont le prix a été payé, expulser un salarié qui, se faisant justice à lui-même, a repris l'exercice de ses fonctions sans attendre la décision au fond sur le licenciement, enjoindre au bailleur d'installer une porte d'entrée pleine et entière avec serrure, ordonner au vendeur de logiciel d'en communiquer le code d'accès. On l'a également vu ordonner à un brasseur, qui avait rompu un contrat de fourniture exclusive le liant à un revendeur, de reprendre les livraisons pour prévenir un dommage imminent pour ce dernier(7), ou encore faire cesser le trouble manifestement illicite subi par le concessionnaire d'une marque, ayant son usage exclusif dans le territoire de la concession, et résultant de l'apposition par un garagiste d'un panneau portant la mention « spécialiste Citroën »(8). Dans ce dernier cas, c'est même le respect de la loi contractuelle par les tiers que le concessionnaire a pu alors obtenir auprès du juge des référés.

Ceci étant, cette primauté de la loi contractuelle n'est pas absolue et connaît quelques limites.

B - Les limites

Dans une première série de cas, le contractant qui s'estime victime d'une inexécution n'obtiendra pas du juge qu'il impose à l'autre le strict respect de ses obligations contractuelles ... tout simplement parce sa propre position est elle-même contestable. Autrement dit, nous sommes ici en présence de fausses limites à la primauté de la loi contractuelle. Je pense naturellement d'abord au cas où le demandeur exige du juge qu'il fasse respecter des stipulations nulles : par exemple, clause de restitution de cuves en nature dans un contrat de distribution de produits pétroliers qui heurte, on le sait, la liberté de la concurrence(9), ou clause de répartition de marchés heurtant le droit communautaire de la concurrence(10).

Je pense ensuite au cas où le demandeur n'a pas lui-même correctement exécuté ses propres engagements. Sa prétention à l'exécution forcée peut alors se heurter à une juste exception d'inexécution, comme en témoigne un important arrêt récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation admettant qu'un juge des référés puisse valablement ordonner la suspension de l'obligation de payer le solde d'un prix de cession de titres sociaux en prévision de la probable mise en oeuvre d'une garantie d'actif et de passif stipulée dans l'acte(11). Elle peut également se heurter, de la part du juge, à une pratique de réfaction du contrat dans laquelle le prix dû par l'acquéreur sera réduit en fonction de partielle inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance(12), ou encore à une réduction d'honoraires consécutive à une sérieuse appréciation des véritables services rendus par un mandataire ou un conseil(13). Dans tous ces cas, le créancier n'obtiendra donc pas du juge le strict respect de la loi contractuelle parce que lui-même n'a pas parfaitement exécuté ses engagements, et que ce respect fausserait donc en définitive les prévisions initiales des parties.

En revanche, dans une seconde série de cas, les limites à l'exécution forcée du contenu contractuel sont effectives. Elles concernent d'abord ces hypothèses, somme toute assez peu fréquentes, où la liberté individuelle du débiteur paraît aux yeux du juge plus forte encore que le droit du créancier : artiste ne voulant plus exécuter l'oeuvre qu'il a promise(14), enseignant ne voulant plus communiquer(15), stripteaseuse ne voulant plus se déshabiller(16), preneur d'un bail à nourriture ne voulant plus recevoir la personne à laquelle il avait promis l'hébergement(17). Elles concernent également les cas où le droit d'un tiers interfère et ne peut être sacrifié dès lors, du moins, que celui-ci est de bonne foi : ainsi, promesse de vente ayant été violée à travers un acte de vente consenti à un tiers acquéreur de bonne foi(18). On ajoutera simplement que le juge ne

doit pas, à notre avis, aller au-delà de ce qui est ici nécessaire et que, en particulier, sa mise en avant des termes de l'article 1142 du Code civil pour refuser au bénéficiaire d'un pacte de préférence le droit d'être substitué dans les droits d'un tiers acquéreur de mauvaise foi est, en revanche, tout à fait critiquable pour des raisons que nous avons déjà exposées et auxquelles nous nous permettons de renvoyer le lecteur(19).

Ainsi, si on dresse un bilan de ces limites apportées au respect de la loi contractuelle, on s'aperçoit qu'elles demeurent aujourd'hui exceptionnelles. Toutefois, on ne doit pas omettre le fait que, dans certains cas, s'agissant surtout de contrats à exécution successive, le juge est sensible à un souci de protection du lien contractuel qui peut également le conduire à minorer la portée juridique de certaines inexécutions.

II - Le juge s'efforce de protéger le lien contractuel

C'est une banalité que de constater aujourd'hui la valeur économique des contrats, et notamment des contrats d'affaires. Simplement, précisera-t-on que cette valeur repose, selon les cas, sur deux considérations. Parfois, le contrat revêt une grande valeur patrimoniale parce qu'il fonde directement la situation professionnelle de l'une des parties : contrats de concession et de franchise, fondant la situation du concessionnaire et du franchisé, contrats de travail faisant naître celle du salarié, contrats d'agent commercial, d'agent publicitaire ... Que le contrat disparaisse pour une raison ou une autre, ou encore ne soit pas renouvelé une fois arrivé à terme, et c'est cette situation professionnelle elle-même qui disparaît. Parfois, le contrat, sans avoir une telle importance, se présente comme un auxiliaire fort utile de la vie et de la prospérité de son titulaire : contrat de bail commercial, pour celui qui travaille dans les locaux d'autrui, contrats de financement, contrats d'informatisation, pour celui qui a choisi d'informatiser son entreprise et dont l'altération peut mettre en péril cette dernière ...

Le juge, sensible à ces données économiques, est donc souvent de nos jours enclin à protéger le lien contractuel et, dans cette optique, à ne pas conférer aux éventuelles inexécutions commises par l'une des parties la force de libération qu'elles devraient entraîner pour l'autre si l'on suivait les directives du Code civil.

Parce que ce point a déjà été souligné dans plusieurs études et qu'il va par ailleurs faire l'objet d'une importante thèse de doctorat de Mme Marie-Eve Tian-Pancrazi (soutenance début 1994), je me contenterai ici de quelques brèves illustrations.

Le souci de protection du lien contractuel a conduit d'abord le juge à faire de la suspension du contrat un mécanisme de théorie générale, applicable à ce titre en dehors même des cas où la loi, notamment dans les relations de travail, le consacre. En particulier, dans un arrêt de principe du 24 février 1981(20), la première Chambre civile de la Cour de cassation a précisé que le contrat était simplement suspendu en cas d'impossibilité momentanée d'exécution par l'une des parties. Et, plus récemment, la Chambre sociale a fait application de cette solution au profit d'un salarié qui accède aux fonctions d'administrateur d'une société anonyme: dans le silence des parties, son contrat de travail n'est que suspendu, et retrouve donc sa pleine efficacité si son mandat social cesse(21).

De même, ce souci inspire une attitude judiciaire restrictive dans l'appréhension de la résolution du contrat. D'une part, la résolution judiciaire suppose une inexécution grave(22), et le débiteur peut à tout moment, même en cours de procédure, en éviter le prononcé par son offre d'exécution(23). D'autre part, si la clause résolutoire de plein droit est admise, encore faut-il que

le créancier qui la met en oeuvre le fasse de bonne foi(24) : à défaut, le respect de la loi contractuelle s'efface en quelque sorte, par le biais de cette exigence, devant la protection du lien contractuel.

On peut également citer d'autres exemples de cette attitude judiciaire :

- l'admission de la proposition de rachat des droits sociaux d'un associé demandeur en dissolution, formulée par ses coassociés qui veulent ainsi éviter la résolution du contrat de société(25) ;

- l'accueil bienveillant du mécanisme de la cession de contrat qui permet, là encore, d'éviter la disparition du lien contractuel lorsque l'une des parties n'est plus en mesure d'exécuter le contrat ou encore n'est plus intéressée par lui: une cession de contrat que la Cour de cassation a récemment déclaré applicable aux contrats même marqués d'intuitus personae(26) ;

- l'interprétation large que les juges ont retenue des termes de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 dans le souci de permettre à l'administrateur de la procédure de redressement judiciaire de conserver, s'il le souhaite, le maximum des forces contractuelles de l'entreprise, y compris donc en particulier les contrats de financement dont elle est titulaire(27) ;

- l'application de la théorie de l'abus de droit pour freiner le libre exercice de la faculté de résiliation unilatérale qui gouverne traditionnellement les contrats à durée indéterminée(28), et même, de façon plus remarquable encore, pour limiter dans certains cas la liberté pourtant fondamentale des contractants de ne pas renouveler une relation contractuelle arrivée à terme(29).

Voici donc quelques exemples significatifs de ce qui reste néanmoins uniquement une tendance judiciaire car il ne faut évidemment pas en déduire que tout irrespect de la loi contractuelle demeure obligatoirement sans effet sur le lien contractuel lui-même.

Ainsi, il est permis en conclusion de dire que, face aux difficultés d'exécution du contrat, le juge reste quand même assez éloigné des principes de liberté qui animaient les rédacteurs du Code civil, et qu'il se reconnaît donc un réel pouvoir d'intervention et une marge de manoeuvre assez importante. D'un côté, bouleversant les termes de l'article 1142, il n'hésite pas dans la majorité des cas à imposer l'exécution forcée du contrat. De l'autre, s'évadant de ceux de l'article 1184, il altère assez sensiblement le droit pour chacune des parties de sortir du lien contractuel qu'elles ont préalablement noué.

Jacques Mestre, Directeur de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-Marseille

(1) Com., 20 janv. 1981, Bull. civ. IV, n° 41.

(2) Soc., 14 juin 1972, Bull. civ. V, n° 425 ; D. 1973, 113, note N. Catala

(3) Com., 10 juin 1976, Bull. civ. IV, n° 190.

(4) Civ. 3ème, 19 fév. 1970, Bull. civ. III, n°173 ; Rev. trim. dr. civ. 1970,785, obs. G. Durry.

(5) Civ. 3ème, 17 janv. 1984, Rev. trim. dr. civ. 1984, 711, obs. J. Mestre.

(6) Com., 18 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 24 ; Rev. trim. dr. civ. 1985, 161, obs.J. Mestre.

(7) Com., 21 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 115.

(8) Paris, 14 mai 1987, D. 1987, I.R. 157.

(9) Com., 26 mai 1992, D. 1993, 57, note C. Hannoun.

(10) Com., 25 mars 1991, JCP E, 1992, n° 315, note G. Virassamy.

(11) Com., 2 fév. 1993, Dr. sociétés 1993, n° 77.

- (12) Com., 15 déc. 1992, Rev. jurispr. dr. aff. 1993, n° 304.
- (13) Com., 2 mars 1993, Rev. jurispr. dr. aff. 1993, n° 311.
- (14) Civ., 14 mars 1900, D.P. 1900, I, 497, note Planiol
- (15) Trib. gr. inst. Paris, 3 oct. 1968, Gaz. Pal. 1968, II, 345, note J.P. Doucet.
- (16) Trib. gr. inst. Paris, 8 nov. 1973, D. 1975, 401, note M. Puech.
- (17) Req., 20 oct. 1936, D.H. 1936,555.
- (18) Cf. W. Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev. trim. dr. civ. 1976, 700 s.
- (19) Rev. trim. dr. civ. 1987, 88.
- (20) D.1982,479, note D.Martin.
- (21) Bull. civ. V, n° 658, p. 397 ; Rev. trim. dr. civ. 1992,392, obs. J. Mestre.
- (22) Com., 27 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 252 ; Civ. 3ème, 22 mars 1983, ibid., III, n° 84.
- (23) Civ., 27 mars 1911, D.P. 1915, I, 97, note Cézar- Bru.
- (24) Civ. 3ème, 25 janv. 1983, Bull. civ. m, n° 21 ; Rev. trim. dr. civ. 1985, 163, obs. J. Mestre.
- (25) Cf. jurispr. citée par Lamy Sociétés commerciales 1993, n° 1242.
- (26) Com., 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 3 ; Rev. trim. dr. civ. 1992, 762, obs. J. Mestre.
- (27) Com., 8 déc. 1987, I.C.P. 1988, II, 20927, note M. Jeantin ; D. 1988, 52, note F. Derrida; Rev. proc. coll. 1988, 61, obs. J. Mestre et Ph. Delebecque.
- (28) Civ. 1ère, 5 fév. 1985, Bull. civ. I, n° 54 ; Rev. trim. dr. civ. 1986, 105, obs. J. Mestre; Aix, 17 avril 1987, ibid. 1987, 115, obs. J. Mestre; Paris, 15 fév. 1990, ibid, 1990, 653.
- (29) V. par ex. Paris, 13 mai 1991, Rey. jurispr. dr. aff. 1991, n° 911 ; Rev. trim. dr. civ. 1992, 393, obs. J. Mestre.