

UNIVERSITÉ PANTHÉON- ASSAS PARIS II  
MAGISTÈRE JURISTE D'AFFAIRES – D.J.C.E.  
D.E.S.S. DE DROIT DES AFFAIRES  
2005-2006

# **Étude sur la sanction de l'inexécution des obligations de faire.**

Mémoire d'admission sous la direction du Professeur Denis Mazeaud,

Par Pierre-André Destrée.

« L'université Panthéon Assas (Paris II) Droit - Economie - Sciences sociales, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de fin d'études ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs. »

## Plan :

### **I – La faiblesse de l'exécution forcée en nature de lege lata.**

#### ***A) Fondement théorique du « principe » d'exécution forcée en nature.***

1) Le véritable fondement : la force obligatoire du contrat.

- a) un principe fondé sur l'article 1134 du Code civil.
- b) s'agit-il véritablement d'un « principe » d'exécution forcée ?

2- Conséquences de l'édiction de ce principe.

- a) la relecture de l'article 1142 du Code civil.
- b) hiérarchisation des sanctions de l'inexécution.

#### ***B) Incohérence d'applications et incohérence des solutions découlant du principe.***

1 - Droit des avant-contrats.

- a) le contexte : la promesse unilatérale de vente (PUV) d'immeuble et le pacte de préférence relatif à la vente d'immeuble.
- b) une solution jurisprudentielle contestable

2 - Droit des sociétés

3 - Droit boursier

- a) contexte.
- b) le problème posé par la portée de l'engagement de ducroire dans le cas d'un commissionnaire du croire à l'achat.

### **II – Critique comparatiste du droit français de l'exécution forcée des obligations de faire.**

#### ***A) Appréciation de l'efficacité en droit interne de l'inexécution des obligations de faire.***

1 - Insécurité et manque d'attractivité du droit interne.

- a) le manque d'attractivité lié à l'insécurité juridique découlant de la solution jurisprudentielle.
- b) les remèdes contractuels limités.

2 - La concurrence de droits plus sécurisés en matière de sanction des inexécutions contractuelles.

- a) tradition équilibrée des droits civils : exemple du droit belge.
- b) l'efficacité de la common law : l'exemple du droit anglais.

3) Le modèle harmonisé : Les Principes de droit européen du contrat.

***B) Le droit prospectif : le projet de réforme Catala.***

1 - La rationalisation des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles.

- a) le regroupement au sein d'un corpus des règles concernant l'exécution des obligations.
- b) la reconnaissance d'un droit à l'exécution forcée en nature.

2 - Les doutes subsistants.

- a) utilité du renversement de principe.
- b) une mise encadrée.

## **INTRODUCTION :**

Encore une étude sur l'exécution en nature des obligations, contractuelles non pécuniaires ! pourrait-on s'écrier.

Mme Lonis-Apokourastos introduit elle même sa récente thèse par le constat d'un sujet rebattu<sup>1</sup>. Cependant, le sujet ne lasse pas de séduire la doctrine alimentée par des incertitudes qui semblent se découvrir au fur et à mesure des solutions jurisprudentielles.

S'il y a matière au débat, c'est que les termes même de ce débat sont loin d'être fixés.

Le Code civil ne définit en effet pas suffisamment ce qu'est une obligation dans son article 1101, il ne donne que la définition du contrat. "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

Il faut donc reprendre la définition issue du droit romain et reprise par le Doyen Cornu, selon laquelle l'obligation est un lien de droit en vertu duquel une ou plusieurs personnes (le ou les débiteurs) sont tenues envers une ou plusieurs autres personnes (le ou les créancier) de donner, faire ou ne pas faire quelque chose.

L'obligation est un concept qui provient du droit romain. Étymologiquement, ce mot signifie "lien étroit" (ob-ligatus). La définition classique de l'obligation provient des Institutes de Justinien : « Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura »<sup>2</sup> : l'obligation est le lien de droit par lequel nous sommes astreints d'une manière nécessaire à payer quelque chose à quelqu'un conformément du droit de notre cité.

L'obligation pourrait s'appréhender comme le lien de droit finalisé entre un créancier et un débiteur parties à un contrat. Il s'agit d'un moyen permettant d'arriver au résultat désiré par les cocontractants. Ainsi donc, elle a pour trait essentiel la satisfaction du créancier par le débiteur.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> V. Lonis-Apokourastos, « La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature », PUAM, 2003, Pref. J. Mestre.

<sup>2</sup> Inst. Just., 3, 13, pr. 1

<sup>3</sup> Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *Revue des Contrat*, janvier 2005, p. 161

Le Code civil distingue trois types d'obligations : de donner (*dare* du droit romain), de faire (*facere*) et/ou de ne pas faire (*non facere*).

Cette classification est discutée en doctrine<sup>4</sup>. On perçoit déjà ici toutes les difficultés de raisonner sur le régime de l'exécution des obligations si les distinctions qui les définissent ne sont pas clairement délimitées. Le glissement d'un régime à un autre étant le risque principal. Ainsi, certains ont critiqué l'hégémonie des obligations de faire, « catégorie ouverte ou refuge »<sup>5</sup> et promu la distinction entre les obligations de *facere*, *dare* et *praestare* héritée du droit romain qui serait plus adaptée afin de délimiter les régimes afférents à ces groupes d'obligations. L'obligation de *praestare* qui se traduit par l'obligation de fournir une chose aurait une autonomie irréductible et permettrait de ne pas la confondre avec « l'obligation de faire » qui devrait être réservée à l'hypothèse où l'un des contractants met son activité économique au service d'autrui.

D'autres estiment que la distinction entre obligation monétaire et obligations en nature serait plus opportune<sup>6</sup>. L'obligation monétaire serait celle de transférer la propriété d'une certaine quantité d'argent avec pour objet principal la définissant, la monnaie. Les obligations en nature se définiraient négativement comme étant toutes celles dont l'objet n'est pas une somme d'argent avec en leur sein les obligations de faire et de ne pas faire mais aussi de donner un corps certain.

Cependant nous nous focaliserons seulement sur ce que l'on appelle communément les obligations de faire tout en ayant conscience que cette catégorie elle-même est sujette à polémique.

On l'opposera à la manière du Code civil<sup>7</sup> aux obligations de donner et de ne pas faire dont l'exécution semble posée peu de problèmes. Au sein du Code, l'obligation de faire s'appréhende par l'activité de la personne conçue dans une opposition à la passivité des choses.

---

<sup>4</sup> V. G. Pignarre, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », Revue Trimestrielle de Droit civil, 2001, p. 41.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ch. Bruneau, La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, Thèse Paris II, 1974.

<sup>7</sup> Article 1126 : « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

Il est cependant difficile de déterminer avec précision une définition des obligations de faire tant les rédacteurs ont été peu pointilleux à ce sujet. La doctrine a tenté diverses définition. D'aucuns y voient « la prestation d'un fait positif que le débiteur promet d'accomplir »<sup>8</sup>, ou encore pour être plus précis, « L'obligation de faire est celle qui a pour objet un acte positif, une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir et dont le créancier peut exiger l'exécution »<sup>9</sup>.

On s'aperçoit que dès la définition de l'obligation de faire, la question de son exécution est posée. L'exécution en nature de la prestation promise est en général spontanée. Cependant si l'inexécution persiste, le créancier souffre d'une obligation non honorée par son débiteur dont le droit des contrats ne saurait demeurer passif face à cette situation qui rompt l'équilibre des transactions. Le droit ici, va servir à faire honorer son engagement au débiteur, afin que le créancier soit placé dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été respecté.

Néanmoins, force est de constater, que la lettre du Code civil peut porter à confusion. En effet, directement rattaché au régime des obligations de faire, un article 1142 dispose 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 ».

La place de choix au sein du Code laisserait penser que le principe en matière d'exécution forcée des obligations de faire serait l'exécution par équivalent. Rien n'est moins sûr toutefois si l'on considère d'autres textes de notre théorie générale ou du Code de procédure civile.

La première difficulté est ici posée. Il y a assurément un problème de lisibilité des règles gouvernant l'exécution forcée des obligations de faire qui pourrait potentiellement troubler les droits du créancier à faire exécuter comme il l'entend son obligation en souffrance.

---

<sup>8</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, 2002, Dalloz.

<sup>9</sup> Lerebourg-Pieonnière.

On comprend mal la portée de l'article 1142 au regard de dispositions majeures telles que l'article 1134, alinéa 1, du Code civil qui pose en principe que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », fondement à la force obligatoire du contrat qui semble consacrer la primauté de l'exécution en nature.

Plus directement encore, l'alinéa 2 de l'article 1184 précise que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

Citons enfin, sur le plan procédural, le droit du créancier « dans les conditions prévues par la loi, de contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard » institué par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles.

Fort de cet inventaire, on peut se demander à quoi sert l'article 1142 et surtout quel est au final le régime de l'exécution forcée des obligations de faire ?

Il semblerait que l'article 1142 ne serve que d'exception au principe d'exécution en nature mais la formulation de l'article ne semble pas aller dans ce sens.

En droit français, en effet, le domaine des exceptions au principe de la force obligatoire du contrat comme fondement du droit du créancier à l'exécution en nature n'est pas défini avec précision. A première vue, celles-ci sont au nombre de deux : l'exécution en nature est écartée, d'une part, par application de l'article 1184 alinéa 2, en cas d'impossibilité<sup>10</sup> et d'autre part, par application de l'article 1142 qui semble exclure l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire<sup>11</sup>.

La mise en œuvre de ces exceptions est toutefois délicate, car le Code civil a pratiquement ignoré la notion d'impossibilité d'exécution et l'article 1142 fait figure soit d'exception limitée ou demeure la plupart du temps ignoré.

---

<sup>10</sup> Art 1184 al 2 : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

<sup>11</sup> J. Schmidt-Szalewski, « la force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2000, p. 25.

Le manque de lisibilité est ici indéniable et ce n'est pas à l'évidence un atout de séduction pour les parties à un contrat dans un contexte international. Les moyens d'exécution forcée font en effet partie intégrante du choix des parties dans cette hypothèse et le droit français trouvait aussi une source d'attraction dans le principe d'exécution en nature. Cependant l'ambiguïté de la lettre des articles du Code civil ont permis de semer le trouble au sein d'un régime que l'on croyait rationalisé autour de l'exécution en nature.

Si les juristes nationaux ne sont pas unanimes sur un point aussi important, comment afficher un gage de sérieux de l'exécution des transactions qui attirait des capitaux extérieurs ?

Le problème de la concurrence des droits sur un marché globalisé est une réalité que l'on ne saurait nier. Comment être attractif ou avoir une quelconque influence si un pan aussi important du droit des obligations, soit le respect de ce qui a été promis, n'est pas vraiment fixé ?

Le professeur Michel Grimaldi démontre bien l'importance de l'exportation d'un modèle juridique et précise que la forme du Code civil se prêterait tout à fait à cette exportation. Cependant, cet auteur remarque avec justesse que « notre Code a vieilli, et par suite, ne s'exporte plus guère »<sup>12</sup>. Son influence, au XIX<sup>e</sup> siècle si marquante, sur les nouvelles codifications est quasi inexistante.

Le régime de l'exécution forcée des obligations de faire offre un exemple parfait pour étayer ce malheureux constat.

Nous nous attacherons à un domaine précis où les difficultés liées à l'application du régime de l'exécution forcée ont ressurgi de façon surprenante : la période précontractuelle. Une jurisprudence décriée, a cependant eu le mérite de montrer la faiblesse du droit français à sécuriser cette période mais aussi plus généralement de prouver l'incohérence du droit de l'exécution.

Comment dès lors, dans un contexte européenisant ou chaque système essaye d'affirmer sa prééminence, défendre notre droit si peu prévisible et adapté aux attentes des cocontractants, en particulier les investisseurs étrangers ?

Nous tenterons donc d'établir les éléments qui font du droit de l'exécution forcée des obligations de faire, un droit négligé à améliorer (I) et voir, par le truchement d'une analyse nourrie de droit comparé et prospectif quelles seraient les améliorations à réaliser (II)

---

<sup>12</sup> M. Grimaldi, « L'exportation du Code civil », in *Le Code civil, Pouvoirs*, Seuil, n°107.



## **I – La faiblesse de l'exécution forcée en nature de lege lata.**

Notre droit des contrats est réputé pour sanctionner par principe l'inexécution d'une obligation par une condamnation à exécuter en nature la promesse du débiteur récalcitrant. Cette sanction de principe semble découler de la force obligatoire du contrat (A). Néanmoins, quelques zones d'ombre à l'application de ce principe d'exécution forcée en nature ont permis de douter de la force de ce principe (B).

### ***A) Fondement théorique du « principe » d'exécution forcée en nature.***

Comment au regard de la lettre de l'article 1142 qui semble sans équivoque, la Cour de cassation a-t-elle « progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe »<sup>13</sup> ?

La jurisprudence n'a en effet eu de cesse que de contourner en appliquant d'autres textes contredisant cet article, le domaine des obligations de faire couvert par cette disposition.

Nous sommes de fait arrivés à l'édiction d'un principe d'exécution forcée principalement fondé sur l'article 1134 du Code civil, source de la force obligatoire du contrat (1), qui a pour conséquences d'assurer la primauté de l'exécution en nature des obligations de faire en cas d'inexécution du débiteur (2).

#### 1) Le véritable fondement : la force obligatoire du contrat.

Aucun texte précis ne fonde un principe général d'exécution forcée en nature, c'est pour cela que certains auteurs remettent en question l'édiction de ce principe qui résulterait plutôt d'une construction doctrinale unanime (b). néanmoins, la force obligatoire des conventions permet à elle seule de justifier un tel principe (a).

##### a) Un principe fondé sur l'article 1134 du Code civil.

---

<sup>13</sup> J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Le juge et l'exécution du contrat*. PUAM, 1993, P. 91.

Selon l'article 1134 du Code civil, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi attribue.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Tant de principes directeurs qui guident notre théorie générale des obligations, et impliquent l'exécution en nature des conventions.

Il faut en effet comprendre par la sentence de l'alinéa 1<sup>er</sup> que l'inobservation d'une obligation d'origine contractuelle déclenche l'intervention de l'autorité publique au même titre que le non respect d'une loi. On considère, en effet, que l'inexécution d'un contrat ne lèse pas seulement les intérêts du créancier, mais trouble aussi l'ordre juridique tout entier dans la mesure où le contrat est le principal instrument d'échange entre les hommes<sup>14</sup>.

Dès lors, les parties au contrat se doivent de respecter les engagements qui ont librement consenti.

L'exécution en nature vient naturellement comme corollaire de la règle *pacta sunt servanda*.

Plus encore que l'article 1142, ce serait bien le principe de force obligatoire contenu au sein de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> qui conditionnerait le régime de l'exécution forcée des obligations de faire.

Comme le souligne un auteur : « la précellence du contrat, instrument, du volontarisme, postule l'exécution forcée des obligations de faire ; aussi le choix du Code Napoléon (censé être le principe de l'exécution directe) s'explique-t-il avant tout par le dogme de l'autonomie de la volonté »<sup>15</sup>.

C'est aussi parce que les parties disposent de l'autonomie de leur volonté qu'elles sont supposées honorer leurs engagements. Dès lors comme le fait remarquer dans sa thèse Y.-M. Laithier, le lien établi entre article 1134 du Code civil et l'exécution en nature se veut, d'abord, « une garantie d'opportunité. Chaque partie étant supposée rationnelle – c'est le postulat des rédacteurs de 1804 – elle n'a pu que contracter librement une obligation qui lui est opportune.

Dans ce schéma, il apparaît que la logique du Code de 1804 soit inévitablement d'honorer la parole conventionnellement donnée en nature.

---

<sup>14</sup> J. Schmidt-Szalewski, op. cit.

<sup>15</sup> W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », Revue Trimestrielle de Droit civil, 1976, p. 704

« Si chacun est libre de ne plus vouloir être libre, personne n'est libre de ne plus vouloir être lié »<sup>16</sup>.

La primauté de l'exécution en nature serait par ailleurs techniquement naturelle au regard de la force obligatoire qui imposerait l'exécution scrupuleuse du contrat.

Par le fondement de la force obligatoire, l'exécution en nature s'imposerait certes au débiteur, mais également au créancier qui ne peut pas opter par avance à des dommages-intérêts et également au juge, sauf impossibilité morale ou matérielle car il est lié par « le contrat qui est la loi des parties »<sup>17</sup>.

L'exécution en nature semble alors être un principe quasi absolu dont l'exception de l'article 1142 permettrait de confirmer la règle.

Néanmoins, si le raisonnement est logique et séduisant, d'autres auteurs estiment qu'il n'existe pas ce lien irréductible entre force obligatoire et exécution en nature

#### b) s'agit-il véritablement d'un « principe » d'exécution forcée ?

Y.-M. Laithier tente de démontrer quant à lui que si la force obligatoire du contrat emporte l'exécution forcée, les modalités de cette exécution ne sont pas conditionnées par le principe découlant de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup>.<sup>18</sup>

Selon cet auteur, le principe d'exécution en nature tien au fait que l'on associe l'obligation à une promesse que l'on ne peut désavouer. « La primauté de l'exécution forcée en nature va en effet de pair avec le volontarisme contractuel. » Dès lors, l'exécution en nature serait le prolongement direct de la force obligatoire au stade des effets du contrat. M. Laithier est rejoint sur ce point par le Professeur N. Molfessis, qui estime que la primauté de l'exécution en nature découle d'une certaine philosophie du contrat, volontariste, qui irradie le droit français<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Y.-M. Laithier, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », force obligatoire et exécution forcée du contrat, thèse paris, p. 55.

<sup>17</sup> Y.-M. Laithier op. cit. faisant référence à F. Laurent, « Principe de droit civil français » n°201, p. 263.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> N. Molfessis, qui s'oppose à Y.-M. Laithier en affirmant que « l'exécution forcée en nature est inévitablement la traduction de la force obligatoire du contrat ». « Force obligatoire et exécution un droit à l'exécution en nature ? », Colloque sur l'exécution des obligations, Revue des contrats, janvier 2005 n°1, p. 37.

Toutefois, Y.-M. Laithier, au rebours de ce dernier auteur, condamne cette analyse. Cette dernière en effet, aboutirait à une relecture de l'article 1142, dont la lettre apparaît en totale contradiction avec le principe défendu. On ne voit dès lors dans cette disposition qu'une exception limitée et la généralité des termes n'était qu'une erreur de rédaction. Ou alors la compréhension de cette disposition n'est pas celle qu'on lui croyait et s'appliquerait non pas à l'objet de la condamnation mais à ses voies d'exécution<sup>20</sup>.

Ces deux voies ne satisfont pas l'auteur qui estime à rebours de la doctrine majoritaire que le « lien établi entre la force obligatoire et la primauté de l'exécution forcée en nature est en réalité contestable ».

Selon lui, il y aurait un mésusage de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> qui signifie certes que le débiteur et le créancier sont liés par une obligation sous la sanction du droit et donc sanctionné s'il ne l'exécute pas comme toute personne ne respectant pas la loi. .

Il y aurait donc confusion dans l'esprit des juristes entre la norme contractuelle et l'une de ses sanctions.

Le principe d'exécution forcée ne tirait donc pas plus son caractère de « principe » de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> que ne le pourrait l'exécution par équivalent.

Cet auteur s'inscrit cependant à rebours de la doctrine majoritaire qui peu important le fondement, érige comme a pu le faire la jurisprudence, l'exécution en nature au rang de principe voire même de droit pour le créancier.

---

<sup>20</sup> V. Thèse de P. Wéry développée infra.

## 2) Conséquences de l'édiction de ce principe.

Le principe ainsi érigé s'accorde cependant mal avec la lettre de l'article 1142 qu'il a donc fallu resituer jusqu'à inverser le principe qu'il paraît énoncer (a). Cette inversion de principe a abouti naturellement à une hiérarchie des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles de faire (b).

### a) la relecture de l'art. 1142 du Code civil.

Cet article, comme on pourrait l'apprécier en ce qui concerne les avant-contrats, est le cœur de la difficulté.

La doctrine véhicule l'idée de façon unanime et séculaire que la disposition ne doit pas être prise au pied de la lettre. Ce texte doit s'effacer derrière d'autres dispositions du Code qui attribuent de façon indirecte mais certaine, comme on a pu le voir à propos de l'article 1184 alinéa 2 par exemple, le droit pour le créancier de réclamer l'exécution forcée en nature de son obligation en souffrance.

C. Demolombe fut l'un des premiers à critiquer la rédaction de l'article 1142<sup>21</sup>. Par la suite deux auteurs ont construit une critique plus établie de la sentence de l'article 1142.

Tout d'abord, E. Meynial qui en 1184 écrivait, qu'« il faut (...) essayer non pas d'expliquer les termes mêmes de l'article, mais de trouver, à l'aide des travaux préparatoires, et surtout à l'aide de la tradition, quel en est l'esprit et quelle étendue il convient de lui attribuer ».

Meynial pose ici toutes les problématiques de l'art. 1142 soit sa portée réelle et son champ d'application. Il doit être resitué au sein d'un tout cohérent que forme le Code civil de 1804. Comme E. Massin écrivait plus tard, il convient « d'inviter l'interprète à violenter un peu, s'il le faut, la portée littérale de ses termes, pour lui restituer son vrai sens, (et à) ne pas s'attacher servilement à sa lettre »<sup>22</sup>.

C'est nourri de ces réflexions que le renversement du principe d'exécution par équivalent des obligations de faire contenu au sein de l'article 1142 a pu avoir lieu.

---

<sup>21</sup> C. Demolombe, Cours de code civil.

<sup>22</sup> E. Massin, « De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire », thèse Paris, 1893, p. 269.

L'article ne trouvait application que dans les cas d'atteinte à une liberté personnelle du débiteur et permet ainsi de mettre en œuvre l'adage cher au président Favre, « Nemo potest praecise cogi ad factum ».

Ainsi l'article 1142 ne serait que l'exception qui confirmerait la règle presque évidente de l'exécution en nature des obligations de faire. Dès lors, c'est une véritable hiérarchie des sanctions de l'inexécution qui s'instaure, instituant la primauté de l'exécution en nature sauf cas exceptionnel de contrainte sur la personne pour laquelle l'article 1142 servirait de garde fou.

#### b) Hiérarchisation des sanctions de l'inexécution.

Ranger l'article 1142 au rang d'exception et fonder le principe d'exécution forcée en nature sur celui de la force obligatoire du contrat, invite naturellement à la conclusion de la primauté de ce type d'exécution sur l'exécution par équivalent qui paraît nettement moins cohérente.

Comme nous avons pu le souligner, la primauté de l'exécution forcée en nature lie le débiteur, mais aussi le créancier et aussi le juge.

Ainsi, peut-on concevoir l'émergence d'un véritable droit à l'exécution forcée en nature, quelles que puissent en être les conséquences malheureuses, qui impliquerait l'effacement du rôle du juge.

Comme le souligne le Professeur Molfëssis, cela conduit même à restaurer une vigueur à l'article 1134 « qu'on ne lui connaissait plus »<sup>23</sup>. Cet auteur cite pour étayer justement cette primauté de l'exécution en nature à tout prix, une décision en date du 3 avril 1996 rendu par la troisième chambre civile.

« Attendu que, pour décider que l'obligation de la SCI à l'égard de Mme Giudicelli, sur le fondement de l'article 1723 du Code civil, doit se résoudre en dommages-intérêts, l'arrêt retient que la demande de la locataire est justifiée en son principe, mais qu'une démolition des constructions aurait des conséquences **hors de proportion** avec les données et la dimension du litige, qu'elle conduirait à la destruction d'une dizaine de boutiques tenues par des commerçants étrangers à la procédure et apporterait un préjudice à d'autres locataires de boutiques pendant les travaux de remise en état (...) » ;

---

<sup>23</sup> N. Molfëssis, op. cit.

**Cassation** »<sup>24</sup>.

Les juges du fonds sont ici liés par les prévisions contractuelles des parties qui ont droit à l'exécution forcée en nature de ce qu'elles se sont promises.

Le principe de l'exécution en nature s'avère un principe fort, évinçant l'exécution par équivalant.

Cependant, cet arrêt qui nous démontre toute la vigueur du principe dans nombre de domaines du droit civil fléchit dangereusement et de façon assez incohérente pour d'autres obligations de faire.

---

<sup>24</sup> Cass. Civ 3<sup>ème</sup>, 3 avril 1996, Bull. civ. III, n°91.

## ***B) Diversité d'applications et incohérence des solutions découlant du principe.***

La large définition des obligations de faire entraîne avec elle une diversité des domaines où l'exécution forcée en nature a été reconnue.

Comme l'exprime le Professeur P.-Y. Gautier, « c'est la beauté de notre droit de porter sur des objets aussi divers que les immeubles, les fonds de commerce ou libéraux, et tout ce qui est valeurs mobilières sur le marché financier »<sup>25</sup>. Néanmoins, même si cette variété de domaines est censée relever des obligations de faire force est de constater que le régime d'exécution de certaines d'entre elles est assez discriminatoire. Trois domaines plus problématiques seront évoqués : Le droit des avant-contrats en matière civile tout d'abord (1), en matière commerciale (2) ensuite et enfin une obligation particulière concernant « tout ce qui est des valeurs mobilières sur le marché financier » ou plus précisément, l'obligation du commissaire du croire à l'achat sur des marchés financiers réglementés (3).

### 1) Droit des avant-contrats.

Il s'agit ici de contrats préparatoire qui crée soit une exclusivité contractuelle en ce qui concerne les promesses, ou alors une priorité quant au pacte de préférence. Nous recadrerons le contexte jurisprudentiel (a) qui a abouti à une critique véhémente de la doctrine (b).

a) Le contexte : la promesse unilatérale de vente (PUV) d'immeuble et le pacte de préférence relatif à la vente d'immeuble.

- La promesse unilatérale de vente d'immeuble.

---

<sup>25</sup> P.-Y. Gautier, « Propos conclusifs », Colloque précité, Revue des Contrats, janvier 2005.



La promesse unilatérale de vente se situe dans le temps de l'avant contrat. C'est l'instrumentalisation des négations par la rédaction d'un véritable contrat. Car si ces avant contrats sont des contrats, ce sont avant toute chose des contrats qui tirent leur force obligatoire de l'art. 1134 du Code civil.

L'objet de ce contrat particulier réside dans une obligation elle aussi particulière : contracter. Cet instrument s'inscrit donc dans le but de sécuriser les transactions à venir.

Le droit des PUV et leur prétendue efficacité furent mis à mal par une décision de la Cour de cassation en date du 15 décembre 1993<sup>26</sup>. Cette arrêt est capital dans la question de l'exécution forcée en nature des obligations de faire. Il a permis de se rendre compte que l'inversion de principe de l'art. 1142 n'était pas complètement réceptionné en droit positif.

En l'espèce, une propriétaire avait consenti une promesse de vente portant sur un immeuble aux conjoints Cruz, accordant à ces derniers une option courant jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 1987. Mais, le 26 mai 1987, la promettante notifiait aux bénéficiaires sa décision de ne plus vendre. Les bénéficiaires de la promesse décident cependant de lever l'option le 10 juin 1987 soit avant la fin du délai d'option mais après la révocation à contretemps de la propriétaire.

Pour la Haute Juridiction, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option est pleinement efficace et le bénéficiaire de la promesse simplement créancier d'une obligation de faire ne peut obtenir l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le maintien forcé du consentement du promettant<sup>27</sup>.

La promesse de vente n'est donc qu'une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts. La Cour de cassation fait ici application de la lettre de l'art. 1142 sans justifier sa solution d'un des tempéraments habituellement reconnus à l'exécution en nature, tempéraments restreints qui conféraient à l'exécution par équivalent de l'art. 1142 du Code civil un champ d'application réduit.

---

<sup>26</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, D. 1994.507, note F. Benac-Schmidt, Somm. 230, O. Tournafond ; 1995 SOMM. 88, obs. L. Aynès ; JCP 1995 ed. N.J. 31, note D. Mazeaud ; Defrénois, 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque ; *Revue Trimestrielle de Droit civil*. J. Mestre.

<sup>27</sup> Civ 3<sup>ème</sup> *ibid*, « les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et (...) la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ».

La solution paraît ici générale et non conditionnée par une quelconque impossibilité. Cette généralité sera confirmée par un arrêt encore plus net de la troisième Chambre, en date 28 octobre 2003. L'attendu est dénué d'ambiguïté : « Attendu qu'ayant retenu que la promesse de vente valable jusqu'au 6 avril 1999 avait été rétractée par les promettants le 31 mars 1999, avant qu'elle ne soit acceptée par le bénéficiaire, le 1<sup>er</sup> avril 1999 et alors que les promettants s'étaient engagés à maintenir leur offre pendant toute sa durée contractuelle, que ce manquement à leurs obligations par les promettants s'analysait **en une violation d'une obligation de faire qui ne pouvait se résoudre qu'en dommages-intérêts**, la cour d'appel a **exactement déduit de ces seuls motifs qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la vente forcée de l'immeuble** »<sup>28</sup>.

La clarté de l'attendu ne laisse aucun doute, la jurisprudence renoue avec un fondement archaïque qui est l'article 1142 du Code civil pour invalider la demande d'exécution en nature du bénéficiaire de la promesse.

La promesse n'est pas dénuée de toute portée puisque des dommages-intérêts seront alloués. Cependant, on peut d'ores et déjà apprécier l'incohérence d'une telle réparation qui ne permet pas de satisfaire le cocontractant lésé dans le domaine de la vente immobilière.

Cette jurisprudence est fondamentale car elle trouve à s'appliquer à toutes les promesses de contracter qu'elles soient dans le cadre d'une vente d'immeuble ou pis encore dans le domaine du droit commercial<sup>29</sup>.

Elle fut même étendue à un autre instrument contractuel sécurisant en théorie les négociations, le pacte de préférence.

- Le pacte de préférence.

Partons de la définition donnée par MM. Les Professeurs D. Mazeaud et Ph. Delebecque du pacte de préférence au sein de l'avant-projet Catala à l'article 1106-1<sup>30</sup>. Nous nous référerons à cette définition sachant qu'aucune n'existe au sein du Code civil.

**« Art. 1106-1 Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui. »**

---

<sup>28</sup> D. Mazeaud, *Revue des contrats*, p. 270.

<sup>29</sup> Voir infra.

<sup>30</sup> D. Mazeaud et Ph. Delebecque, *Avant-Projet Catala*, p. 69

Le débiteur ne s'engage donc pas seulement ici proposer la conclusion d'un contrat avec le bénéficiaire du pacte de préférence, il doit lui adresser une offre prioritaire de contrat à des conditions au moins aussi avantageuses que celles faites à des tiers. Le débiteur s'avère donc très limité dans son choix de cocontractant. Cette limitation est l'objet même de son obligation. C'est ce qui représente toute l'attraction du pacte de préférence dans le domaine immobilier et surtout sociétaire.

Un pacte de préférence relatif à la vente d'immeuble était auparavant analysé comme une promesse conditionnelle et unilatérale de vente. Sa violation, conformément au droit commun de la responsabilité civile, entraînait condamnation au versement de dommages-intérêts en cas de bonne foi du tiers acquéreur. Cependant, si la mauvaise foi de ce dernier était avérée, les juges prononçaient l'annulation de la vente en plus des dommages-intérêts et parfois une décision valant cession.<sup>31</sup>

Un arrêt, en date du 4 mars 1971<sup>32</sup>, se fondant sur l'application d'un décret du 04 janvier 1955, soumit le pacte de préférence au régime de publicité des actes constatant des restrictions au droit de disposer. Ainsi la publicité obligatoire en ce domaine rendait inopposable au bénéficiaire du pacte l'acquisition du bien par le tiers acquéreur.

Cette grande avancée fut suivie d'un renversement de jurisprudence<sup>33</sup> qui ramena le droit positif à son état d'origine soit le droit commun de la responsabilité civile. Ce revirement n'est point étonnant puisque l'avancée impliquée par l'arrêt de 1971 faisait du pacte de préférence un instrument précontractuel plus sûr qu'une véritable promesse. De fait, le pacte de préférence, analysé comme une restriction au droit de disposer, se trouvait soumis à un régime de publicité obligatoire, tandis que la promesse unilatérale de vente, qui restreint davantage encore le droit de disposer du promettant, restait cantonnée dans le domaine de la publicité facultative<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 6 juin 1962, Bull. civ., I, n°295 p 260.

<sup>32</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> 4 mars 1971, *Affaire du Grand-Lambert*, D. 1971, p. 358, note E. Frank.

<sup>33</sup> Civ 3<sup>ème</sup> 13 mars 1979, D 1979, p 546, note E. Franck.

<sup>34</sup> Pour plus de développements sur cette évolution jurisprudentielle, V. Lonis-Apokourastos, « La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature », PUAM, 2003, Pref. J. Mestre. , n°255 et s.

Le point culminant et l'association des pactes de préférence avec l'exécution en nature des obligations de faire fut atteint lors d'un arrêt du 30 avril 1997<sup>35</sup> qui constitue selon le professeur D. Mazeaud, « l'Acte III »<sup>36</sup> du drame en cinq actes de l'exécution des contrats préparatoire.

En l'espèce, le créancier de l'obligation de préférence, après avoir obtenu l'annulation du contrat frauduleusement conclu par le débiteur avec un tiers, réclamait sa substitution au tiers dans le contrat de vente annulé. Les juges du fonds plus favorables à l'exécution en nature<sup>37</sup>, avaient fait droit à cette demande. La Haute Juridiction inflexible, casse l'arrêt d'appel pour violation de l'art. 1142, et pour ce seul motif. L'exécution en nature de l'obligation de faire une offre préférentielle ne peut être ordonnée en tant que sanction de la fraude aux droits du bénéficiaire d'un pacte de préférence.

La solution retenue pour les PUV d'immeuble s'applique donc aussi aux pactes de préférence. Cette jurisprudence, qui a pour conséquence d'élargir de façon assez incohérente le domaine de l'exception de l'art. 1142, est critiquable et fut condamnée par la doctrine.

#### b) Une solution jurisprudentielle contestable.

Les conséquences de cette jurisprudence dans le droit des avant-contrats sont assez fâcheuses puisqu'il n'y a plus de distinction sur le plan des sanctions entre les négociations contractualisées et les négociations non instrumentalisées. Une doctrine quasi unanime condamna cette solution et récemment un minorité approuva la jurisprudence.

- une condamnation quasi unanime.

La condamnation paraît assez évidente. L'exception qui réside au sein de l'art. 1142 rejaillir par le truchement des avant-contrats comme étant le principe de sanction de la violation des obligations de faire. La généralité des attendus de la Cour de cassation est marquante. Pourquoi s'arrêter aux avant-contrats ? un champ d'application plus large serait envisageable.

---

<sup>35</sup> Civ 3<sup>ème</sup> 30 avril 1997, Office européen d'investissement c/ Médecins du monde, D. Mazeaud, D1997, p. 475 ; P. Jourdain, P.-Y. Gautier RTD Civ. 1997, p 673 et p. 685 ; Ph. Delebecque, Defrénois 1997, 1<sup>ère</sup> Part., Art. 36634, n° 110, p. 1007 ; P. Raynard, JCP 1998 ed. E, p. 606.

<sup>36</sup> D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », *Revue des Contrats*, 01 janvier 2005, n°1, p. 61.

<sup>37</sup> V. Infra « le droit des sociétés ».

On perçoit pourtant les conséquences fâcheuses d'un tel revirement. Ne serait-ce qu'en matière de promesse ou de pacte de préférence, la cohérence de la période précontractuelle est mise à mal.

Les PUV et pactes de préférence sont des actes étudiés, finement rédigés, dans le but de sécuriser la période des négociations.

Or la Cour de cassation, par son raisonnement, remet au rang de simple offre ces deux figures contractuelles ne les détachant de la force obligatoire du contrat résultant de l'art. 1134 du Code civil auxquels ces avant-contrats sont censés être soumis.

Les dommages-intérêts résultant de l'art. 1142 ne sont pas loin de ceux accordés en vertu de l'art. 1382 du Code civil lors de la révocation abusive d'une offre. Cela signifie que la promesse ou le pacte n'ont pas plus de valeur sur le terrain de la hiérarchie des sanctions qu'une simple offre.

D'aucuns s'accordent, qui plus est, pour reconnaître la fébrilité de notre système d'allocation de dommages-intérêts.

Techniquement également, la solution jurisprudentielle s'avère critiquable.

Comme a pu le constater le Professeur D. Mazeaud, l'affirmation selon laquelle « la promesse unilatérale et le pacte de préférence engendrent, à la charge du promettant, une obligation de faire (...) est pour le moins contestable »<sup>38</sup>.

Cet auteur analyse justement l'obligation résultant de ces avant-contrats. Le débiteur de l'obligation de contracter n'a finalement « rien à faire ». Son consentement étant donné, il ne lui reste plus qu'à attendre la levée de l'option du créancier. Ainsi précisée, la qualification de cette obligation d'obligation de faire peut surprendre et on peut s'interroger sur l'opportunité du fondement de l'article 1142 au soutien des décisions de la troisième Chambre.

---

<sup>38</sup> D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> janvier 2005, n°1, p.61.

Il faut souligner ici surtout, plus encore que l'incohérence qu'entraîne cette solution au sein de la période précontractuelle, la potentielle insécurité juridique qui résulterait de l'extension potentielle du champ d'application de l'article 1142 du Code civil. Commencer par les avant-contrats pourrait presque opportunément se justifier mais la Cour suprême réservera peut-être d'autres surprises à la sanction des violations des inexécutions du contrat. Partant, on aboutirait à une autre philosophie de la sanction de l'inexécution. Le droit français, cher au respect de la parole donnée avec pour limite exceptionnelle le respect de libertés fondamentales tenant à la personne du débiteur, serait-il en passe d'acquiescer la théorie de la violation contractuelle efficace ? Et surtout est-il prêt pour cela ?

La condamnation de cette jurisprudence est virulente car elle touche profondément l'acquis du renversement principe – exception décrit à l'article 1142 du Code civil. Aboutirait-on à un retour à la lettre de l'article et dès lors de faire de la réparation par équivalent la solution naturelle, qui s'impose. Une partie de la doctrine commence à y croire tant et si bien que certains jeunes auteurs<sup>39</sup> nourris de droit comparé encourage ce potentiel aboutissement.

- Une solution approuvée par une doctrine minoritaire.

Le Professeur M. Favre Magnan approuve la jurisprudence sur des considérations techniques. Selon elle, la promesse de contrat unilatérale est un contrat obligatoire mais ce n'est pas un contrat translatif de propriété. Dès lors, la rétractation du promettant, pendant le délai de l'option interdit le transfert de propriété qui n'est envisageable que si la rétractation n'intervient qu'après la levée de l'option.<sup>40</sup>

Cependant, même si la promesse n'est pas translatrice de propriété, le transfert lui-même est exclusivement subordonné à la levée de l'option pendant le délai contractuellement prévu.

Selon cet auteur, cependant, le transfert ne serait pas uniquement subordonné à la levée de l'option mais aussi à l'absence de rétractation du promettant. On retombe néanmoins sur l'efficacité perdue de la promesse unilatérale qui perd tout intérêt car son régime est très proche de celui d'une simple offre quant à la sanction de sa violation.

---

<sup>39</sup> Y.-M. Laithier

<sup>40</sup> M. Favre-Magnan, « le mythe de l'obligation de donner », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1995, p. 85. V. aussi, « Les obligations », *Thémis*, 2004.

Selon une approche moderniste de l'analyse économique du droit, la solution a pu être défendue par le Professeur D. Mainguy. Cet auteur estime que les dommages-intérêts sont tout à fait satisfaisants pour le bénéficiaire lésé, en particulier si le débiteur peut faire une meilleure affaire avec un autre cocontractant<sup>41</sup>. Le respect de la parole conventionnellement donnée trouve peu d'écho dans la théorie de la violation contractuelle efficace<sup>42</sup>. Néanmoins, notre droit positif reste peu touché par ces considérations qui sont certes très actuelles mais beaucoup mieux réceptionnées par les pays de common law.

Cet auteur avance un autre argument consistant dans l'autonomie des deux contrats : la promesse de contrat et le contrat promis sont distincts. Il convient dès lors de séparer le consentement à la promesse et le consentement au contrat promis. Dans la promesse, le promettant émet un consentement à la promesse dont l'objet est uniquement de maintenir son offre de contrat. Ne donnant pas encore son consentement au contrat promis, s'il le rétracte, il n'a jamais existé.

Cependant pour d'autres auteurs, il ne s'agit pas d'une obligation de maintenir mais bien de l'exécution du contrat lui-même<sup>43</sup>. La promesse et le pacte sont des contrats dont l'économie et la raison d'être conduisent nécessairement à leur reconnaître un lien de dépendance avec les contrats en considération desquels ils ont été conclus<sup>44</sup>. Selon D. Mazeaud, il est en effet inconcevable de distinguer radicalement les consentements exprimés pour la formation d'une promesse de vente et celle du contrat promis sauf à ôter toute prévisibilité à cet avant-contrat<sup>45</sup>, prévisibilité qui séduisait un terrain d'application où les négociations sont longues et ramifiées : le droit des sociétés.

---

<sup>41</sup> V. aussi Y.-M. Laithier, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », *LGDJ*, T. 419, 2004.

<sup>42</sup> V. infra, la comparaison avec le droit anglais qui réceptionne mieux cette théorie.

<sup>43</sup> D. Martin, 3<sup>e</sup> le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier ». In « Des promesses précontractuelles », *Mel. Béguin*, Litec, n°7.

<sup>44</sup> D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », *Revue des Contrats*, 01 janvier 2005, n° 1, p. 61.

<sup>45</sup> Ibid.

## 2) Droit des sociétés.

- Un champ d'application de la jurisprudence quant aux avant-contrats particulièrement attaché à la sécurité juridique.

La pratique des affaires a largement développé la mise en place de pactes extrastatutaires entre les actionnaires afin, notamment, de répondre aux attentes des investisseurs minoritaires, souvent étrangers, sans mandat ni fonction de dirigeant. C'est parce que le cadre institutionnel est jugé trop rigide que le recours au contrat veut rétablir un espace de liberté et, selon un mot à la mode, de flexibilité<sup>46</sup>.

Ce pacte, qui a vocation à organiser les relations entre les actionnaires, peut notamment leur permettre de se consentir un droit de préférence en cas de cessions d'actions. Ces conventions sont le plus souvent en dehors de la sphère statutaire, ce sont donc de purs contrats, auquel la société n'est pas partie.

Ce droit de préférence s'analyse comme un avant-contrat aux termes duquel une des parties s'engage, dans l'hypothèse où elle se déciderait à vendre ses actions, à en faire la proposition par préférence au co-signataire du pacte.

Toutefois, si l'intérêt pratique de ce type de clause est évident sur le papier, force est de constater que lorsque la bonne entente des signataires du pacte est mise à mal, la réponse de la jurisprudence à propos des avant-contrats tend à priver le pacte de son efficacité juridique, et donc son utilité.

Un pacte extrastatutaire ne peut en effet être considéré comme efficace que si les parties peuvent avoir la garantie que non seulement il sera exécuté, mais que dans l'hypothèse où une des parties serait défaillante ou violerait délibérément l'un de ses engagements, son cocontractant pourra obtenir que le contrevenant se conforme aux engagements contractualisés.

Or, la jurisprudence a affaibli la portée de la force contraignante des pactes de préférence en limitant la sanction de la violation du pacte à la seule allocation de dommages et intérêts.

---

<sup>46</sup> Y. Reinhard, « Exécution des pactes extrastatutaires », *Revue de Contrats*, 01 janvier 2005, n°1.



Les parties victimes d'une inexécution d'un pacte de préférence se trouvent confrontées à une jurisprudence restrictive analysant le contenu du pacte en une obligation de faire<sup>47</sup>. La violation d'une telle obligation emporte application par les juges de l'article 1142 du Code civil. Le non-respect du pacte est donc sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts au profit du créancier de l'obligation.

Cette sanction est à l'évidence inadaptée dans la pratique sociétaire qui plus encore qu'ailleurs est un domaine où le respect de la parole conventionnellement donnée devrait être important qualitativement.

La partie lésée ne trouvera aucune compensation plus satisfaisante que l'exécution en nature de la clause litigieuse et l'évaluation des dommages-intérêts sera d'autant plus difficile à estimer que le préjudice peut s'avérer multiple et fort complexe.

Comment peut-on en effet quantifier le préjudice résultant, par exemple, de la violation d'une clause de préférence entraînant la perte d'une chance corrélative de devenir l'actionnaire majoritaire de la société avec toutes les conséquences que cela peut impliquer, comme la perte d'une position stratégique sur un marché... ? D'autant plus que la valeur du marché boursier par exemple est de moins en moins une valeur de référence<sup>48</sup>.

- application à la cession de titres.

S'il forme le projet de céder ses titres, le propriétaire des actions s'engage, en cas de préférence à les proposer en premier lieu aux autres signataires du pacte. Il en résulte, s'il y a décision de vendre, une obligation de céder au bénéficiaire du droit de préférence, ce qui ne va pas sans conséquence quant à la durée du pacte et quant à l'attitude du débiteur<sup>49</sup>.

En cours de contrat, le promettant a l'obligation d'informer son contractant de tout projet de cession. Informé du projet de cession, le bénéficiaire dispose alors de la faculté de former le contrat sans que le promettant puisse s'y opposer ; l'obligation n'est plus de faire, c'est une obligation de donner qui lui interdit toute faculté de repentir et de rétractation<sup>50</sup>.

Les juges du fond, beaucoup plus favorables que la Cour de cassation à l'exécution en nature des avant-contrats, ont pu faire application de ces principes.

---

<sup>47</sup> Voir supra.

<sup>48</sup> Voir supra, développement sur le droit boursier.

<sup>49</sup> D. Mazeaud, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal. 1994.I.210

<sup>50</sup> Y. Reinhard, op. cit.

En matière de pacte statutaire tout d'abord puis pour un pacte extrastatutaire ensuite, les Cours d'appel de Paris<sup>51</sup> puis de Lyon<sup>52</sup> s'opposèrent farouchement à la rétractation d'un promettant récalcitrant.

La Cour de Paris s'exprime en termes très clairs à ce propos : « L'exercice de la faculté de préemption comprise dans le pacte fondamental réglant le fonctionnement de la société, auquel les actionnaires ont librement adhéré, emporte de plein droit le transfert de propriété des titres objet du projet de cession, sans que l'article 1142 du Code civil puisse faire obstacle aux effets de ce droit que chaque actionnaire tient des statuts ».

Les juridictions du fonds sont à l'évidence plus en faveur de l'exécution en nature de ces pactes et vont même jusqu'à se « rebeller » comme le remarque le Professeur Reinhard contre les décisions de la Cour de cassation.

Cette dernière, en effet venait en effet, le 7 mars 1989<sup>53</sup>, lors d'une affaire Saimgag, d'analyser traditionnellement le pacte de préférence en simple obligation de faire. Pourtant, la lecture a contrario de l'attendu de cet arrêt aurait pu laisser croire à une ouverture des juges à la faculté de substitution en faveur du bénéficiaire du pacte et au détriment du tiers en cas de collusion frauduleuse. En effet la Haute Juridiction précise, au visa de l'article 1142 du Code civil : « *Attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; Attendu qu'après avoir reconnu la validité du droit de préemption des consorts Peltié, la Cour d'appel a ordonné à MM. Schwich et Dufour de leur remettre les ordres de mouvement dûment signés pour les actions qu'ils détenaient contre la remise du prix correspondant ; Attendu qu'en mettant ainsi à néant les conventions passées entre MM. Schwich et Dufour et la société Saimgag, et en ordonnant la substitution des consorts Peltié à cette société dans la propriété des actions la Cour d'appel qui n'a pas retenu que l'acquisition des titres de la société S et B faite par la société Saimgag résultait d'une collusion frauduleuse entre cédants et cessionnaire, a violé le texte susvisé* ».

On pouvait déduire que si la Cour d'appel avait retenu la collusion frauduleuse des parties, la sanction de la nullité assortie ou non de la substitution aurait été possible.

---

<sup>51</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 1990, Bull. Joly Sociétés 1990, p. 353 ; P. Le Cannu, « Validité et effets d'une clause statutaire de préemption dans une société anonyme non cotée », Bull. Joly Sociétés 1990, p. 325.

<sup>52</sup> CA Lyon, 15 novembre 1990, Bull. Joly Sociétés 1991, p. 54.

<sup>53</sup> Cass. com., 7 mars 1989: JCP, éd. E, 1989, II, 15617, concl. M. Joel, Obs. Y. Reinhard.

Toutefois, ni les juges du fond<sup>54</sup> ni la troisième chambre civile de la Cour de cassation ne se sont engouffrés dans cette brèche et continuent à juger que la violation d'un pacte de préférence ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts, même si le tiers acquéreur a commis une faute.

Cependant, on notera une certaine faveur à l'exécution en nature chez les juges du fond en particulier les Cours d'Appel en général les plus audacieuses en matière commerciale.

Les Cours de Versailles et de Paris ont en effet par des décisions rendues les 14 octobre 2004 et 21 décembre 2001<sup>55</sup> reconnu l'efficacité des clauses de sortie conjointe. Le raisonnement de la Cour de Paris par exemple relève du droit commun : l'exécution en nature n'est accordée que si aucune impossibilité matérielle, juridique ou morale vient faire obstacle. Or, en l'espèce une telle exécution était possible donc la sanction la plus adaptée à la violation du pacte. Notons que cet arrêt était confirmatif des juges de première instance, ce qui semble également signifier que l'exécution en nature connaît les faveurs des juges des tribunaux de commerce parisiens.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 décembre 2001 aurait donc pu être une reconnaissance du principe de l'exécution forcée de toute obligation de faire lorsqu'elle reste possible, redonnant ainsi aux pactes de préférence l'efficacité dont ils étaient jusqu'à présent privés.

---

<sup>54</sup> Cour d'appel de Paris du 12 avril 2002, : « la convention de préemption violée par un actionnaire n'institue qu'une obligation de faire et une créance de nature personnelle, en sorte que le bénéficiaire de ce droit, en application de l'article 1142 du Code civil, ne dispose que d'un droit à dommages et intérêts, et seulement à l'encontre de la partie au pacte d'actionnaires, débitrice de cette obligation de faire, sans pouvoir solliciter ni l'annulation de la cession, ni l'exécution forcée de la cession à son profit». Juris-Data n° 2002-175601.

<sup>55</sup> CA Paris 21 décembre 2001. La Cour d'appel de Paris constate que les conditions requises pour l'application du pacte étaient réunies et condamne la banque à céder, sous astreinte, les titres pour un franc. La cour précise à cette occasion dans un considérant très clair qu' « **ainsi que l'ont justement décidé les premiers juges, ces dispositions (de l'article 1142 du Code civil) n'interdisent pas de recourir à l'exécution forcée lorsque comme en l'espèce, aucune impossibilité matérielle, juridique ni morale ne lui fait obstacle, le débiteur de l'obligation étant demeuré propriétaire des titres...** ». *Droit des sociétés* 2002, n°137

Néanmoins, la Haute Juridiction<sup>56</sup> ne s'est jamais ralliée à ces Cours d'Appel favorable à l'exécution en nature et elle l'a nettement montré récemment en confirmant la sanction de principe de la résolution en dommages-intérêts de l'obligation de faire que constitue la cession de titre dans le cadre d'un pacte de préférence.

Les difficultés pratiques liées à la sanction du défaut d'exécution du pacte de préférence extrastatutaire illustrent la complexité de rédaction des clauses d'un pacte d'actionnaires. La diversité des clauses que peut contenir un pacte en fait donc un contrat difficile à écrire, constitutif de conflits et de blocages.

Toutefois s'il est important de bien diagnostiquer les besoins réels des parties afin de leur fournir un pacte réellement « **sur mesure**», encore faut-il que les parties aient des garanties quant à l'exécution par voie judiciaire des engagements pris et non respectés. Les remèdes contractuels ne sont en effet efficaces que si on leur donne force exécutoire. La jurisprudence de l'exécution des avant-contrats s'avère à cet égard peu sécurisante en dépit de toute la prévisibilité des parties en présence<sup>57</sup>.

Cette incertitude se retrouve au sein de la matière boursière.

---

<sup>56</sup> Cass. com., 9 avril 2002 : JCP, éd. G, 2003, II, 10067, note J.-M. Tengang.

<sup>57</sup> V. Infra, sur les remèdes contractuels palliant l'insécurité de la solution jurisprudentielle.

### 3) Droit boursier.

Le droit boursier constitue un dernier terrain d'application intéressant du droit de l'exécution forcée.

Il s'agit ici de s'interroger tout particulièrement sur l'obligation des commissionnaires du croire à l'achat sur des marchés financiers.

#### a) Contexte.

- Définition du du croire.

L'engagement de du croire n'est régi par aucun texte spécifique. Il s'agit comme a pu le souligner un auteur, d'une convention forgée par l'usage et la pratique commerciale dont l'origine est liée au développement du contrat de commission<sup>58</sup>.

La garantie de du croire n'est en effet intervenue que pour garantir plus de sécurité au créancier qui faisant appel en tant que commettant à un commissionnaire, n'était pas assuré de la bonne fin de la totalité de l'opération désirée. Le contrat de commission en tant que tel ne permet pas une telle sécurité. Si le commissionnaire est personnellement tenu à l'égard des tiers avec lesquels il s'est engagé » en son nom propre, il n'est en revanche pas responsable vis-à-vis du commettant de la bonne exécution du contrat conclu pour le compte de ce dernier avec les tiers, hors le cas d'une insolvabilité notoire du tiers cocontractant.

Concrètement, l'engagement de du croire consiste dès lors pour le commissionnaire à garantir au commettant, en contrepartie d'une rémunération plus élevée, l'exécution du contrat passé avec la contrepartie.

- application aux marchés financiers.

---

<sup>58</sup> B. de Saint-Mars, « Marchés financiers et garantie de du croire » : Mélanges AEDBF II, Banque ed. 1999, p. 387

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 14 juin 1892 vint poser le statut des agents de change en précisant que ces derniers « agissent non comme des mandataires des parties mais comme commissionnaires stipulant en leur nom personnel<sup>59</sup> ».

La garantie de ducroire pouvait dès lors se développer dans le cadre des relations entre un commettant donneur d'ordres et un commissionnaire intermédiaire membre du marché.

Sans rentrer dans le détail des différents niveaux de garantie prévus par le Code monétaire et financier afin d'assurer une meilleure sécurité du marché et prévenir les risques systémiques, on peut résumer la situation entre les membres ainsi :

A un premier niveau, les donneurs d'ordre acheteur et vendeur ne sont pas directement liés à la transaction qui s'effectue par l'intermédiaire d'un membre du marché, le négociateur. Trois contrats sont dès lors formés : un contrat entre chacun des donneurs d'ordres et son négociateur et un contrat entre les négociateurs agissant en qualité de commissionnaires ducroire.

A un second niveau, une garantie de bonne fin de l'opération est coordonnée par la Chambre de compensation dont les négociateurs, membres du marché seront en principe adhérents. La Chambre de compensation assure la livraison des titres à l'acheteur et le paiement de ces mêmes titres au vendeur.

Ainsi, obligation de ducroire de l'intermédiaire et garantie de bonne fin de la Chambre de compensation se complètent et sont distinctes l'une de l'autre. le ducroire apparaît comme le complément de la garantie de bonne fin et finalement, le ducroire de l'intermédiaire ne consisterait alors qu'à faire bénéficier le donneur d'ordres de la garantie de la Chambre de compensation dont a profité le commissionnaire pour remplir ses obligations<sup>60</sup>.

Le problème de l'exécution forcée se pose alors à ce niveau en cas de fraude et de défaillance d'un intermédiaire qui ne répondrait pas à ses obligations.

Il faut ici distinguer entre les commissionnaires ducroire.

Concernant le commissionnaire à la vente, le problème ne se posera pas puisqu'il s'agit simplement de la garantie du paiement du prix.

---

<sup>59</sup> Cass, 14 juin 1892 : DP 1893, 1, 500.

<sup>60</sup> H. de Vauplane, Droit des marchés financiers, Litec p 847

La garantie de ducroire fut ici parfois vue comme une simple garantie de solvabilité du tiers cocontractant alors que l'objet de son obligation est bien le paiement du prix au commettant que le tiers cocontractant soit solvable ou non<sup>61</sup>. L'obligation du commissionnaire ducroire est une obligation principale et n'a aucun caractère accessoire ou conditionnel.

Dès lors, du fait de l'identité d'objet des obligations du commissionnaire et du tiers cocontractant, le ducroire est tenu, à titre principal au paiement<sup>62</sup>.

L'exécution forcée s'avère par conséquent peu problématique, l'obligation n'étant que purement monétaire.

Cependant, l'identité d'objet se transpose dans l'hypothèse d'un commissionnaire ducroire à l'achat.

b) problème posé par la portée de l'engagement de ducroire dans le cas d'un commissionnaire ducroire à l'achat.

L'engagement du croire réside ici dans la garantie du défaut de livraison des marchandises en général et plus particulièrement des titres sur un marché financier. La difficulté ici provient de ce que l'obligation n'est pas purement monétaire et on peut se demander la nature de l'obligation de ducroire. Est-ce une obligation de faire ou répond-elle à une fonction purement indemnitaire ? Si tel était le cas, l'obligation de ducroire assurerait bien peu de protection au commettant désireux d'acquérir les titres en questions.

C'est pour cela que nombre d'auteurs parmi la doctrine suggèrent que l'obligation de ducroire est obligation de faire<sup>63</sup>.

Il faut en effet ici souligner la substitution qui s'opère grâce au ducroire. Le commissionnaire n'est pas uniquement pécuniairement responsable au titre de son contrat de commission, il assure à titre principal la bonne exécution de la convention.

Ces auteurs concluent à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle donnée à l'art. 1142 du Code civil, que cette obligation de faire ne se résoudrait qu'en dommages-intérêts. La question de la sécurité du commettant reste entière puisque si l'on pensait écarter la fonction purement indemnitaire de l'engagement de ducroire, celle-ci se retrouve indirectement à cause de la solution jurisprudentielle qui serait inadaptée au contexte des marchés financiers.

---

<sup>61</sup> Cf. Cass. com., 6 janv. 1981, JCP, 1982, 2, 19829, note Hémard ; Cass. com., 22 oct. 1996.

<sup>62</sup> H. de Vauplane, *ibid*

<sup>63</sup> H. de Vauplane, B. de Saint Mars...

Le donneur d'ordres ne désire en aucun être indemnisé à hauteur de la valeur des titres qu'il aurait pu avoir ; il est au contraire désireux d'entrer dans le capital de la société par le biais de ces titres.

On voit, là encore la difficulté de la réparation au titre de l'art. 1142 du Code civil. La valeur de marché des titres est de moins en moins un référentiel adéquate<sup>64</sup>. Comment dès lors estimer le préjudice subi ? Et comment fixer la réparation ?

Cependant en pratique, le problème ne se posera quasiment jamais. Il relèverait de la fraude d'un des intermédiaires commissionnaires qui vendrait des titres qui ne lui appartiennent pas et souffrirait par la suite d'une défaillance. Or ce cas rare de fraude, la garantie de bonne fin assumée par la Chambre de compensation suffit à fournir les titres promis.

Malgré la portée limitée pratique, l'application de la solution jurisprudentielle aux marchés financiers montre l'effet de dénaturation que l'art. 1142 a sur cette garantie de ducroire.

Cette dénaturation est véritablement le dénominateur commun de la solution peu cohérente de la Cour de cassation qui empire encore la lisibilité du droit français de l'exécution des obligations.

On voit bien la nécessité d'une réforme législative qui pallierait à ces incertitudes et ces incohérences en instituant un champ d'application clairement défini qui aurait un régime propre et une hiérarchie de sanctions offertes au créancier.

C'est ce que le droit prospectif tente de faire, d'abord au niveau national grâce à un avant projet Catala de réforme de la théorie générale des obligations, mais aussi au niveau européen avec une tentative d'harmonisation des droits des contrats issus de la common law et de la civil law.

---

<sup>64</sup> J.J. Daigre, « De la directive de 1993 à celle de 2004 : d'un modèle de marché à un autre » : Banque et Droit n°102, p.7. L'auteur explique que par la mise en place des mécanismes imposés par la Directive Marchés d'instruments financiers, différentes fourchettes de prix seront proposées aux investisseurs afin de « renforcer la concurrence entre les différents systèmes de négociation ». Partant, le prix d'un instrument financier sur le marché réglementé perdrait sa légitimité de prix de référence.



## **II – Critique comparatiste de la solution.**

Après avoir mis le doigt sur les difficultés que rencontre le droit français en matière d'exécution forcée des obligations contractuelles non pécuniaires, nous nous attacherons à voir si les droits voisins sont plus efficaces et prévisibles en ce domaine (A) et nous décrirons ensuite un avant projet de réforme, exemple de prise en considération des faiblesses de notre Code civil et de sa théorie générale afin de la rendre plus attractive (B).

### ***A) Appréciation de l'efficacité de la sanction en droit interne de l'inexécution des obligations de faire.***

Comme le souligne D. Mainguy, à propos de l'efficacité des avant-contrats, « le débat est donc tout autant présenté autour de la promesse que, plus largement, sur celle de savoir si l'exécution forcée d'un contrat doit aboutir à son exécution en nature »<sup>65</sup>. Cette interrogation permet de s'interroger sur la valeur de notre droit en la matière (1), et d'observer les exemples de droit de civil law, le droit belge et de common law, le droit anglais pour comparer l'efficacité des systèmes d'exécution forcée (2). Nous tenterons enfin d'apprécier un essai d'harmonisation entre ces deux traditions : Les principes de droit européen du contrat (3).

#### 1) L'insécurité et le manque d'attractivité du droit interne.

- a) le manque d'attractivité lié à l'insécurité juridique découlant de la solution jurisprudentielle.

La solution jurisprudentielle relative aux avant-contrats montre l'incohérence et les doutes du régime de la sanction e l'inexécution des obligations de faire en droit français.

Néanmoins la sécurité de la période précontractuelle et plus généralement des obligations contractuelles non pécuniaires est importante afin de séduire des investisseurs étrangers et d'être concurrentiel sur le marché mondial du droit des contrats internationaux.

---

<sup>65</sup> D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, P. 1.

Il s'agit bien ici de démontrer que d'une part l'insécurité résultant du manque de lisibilité du régime de l'exécution des avant-contrats et des obligations de faire est dangereuse, mais aussi d'apprécier la pertinence d'une application stricte de la lettre de l'article 1142 qui prônerait l'exécution par équivalent.

- la lisibilité et la sécurité juridique.

Comme nous avons pu à plusieurs reprises le préciser, le droit positif en matière d'exécution forcée des avant-contrats et le régime d'application aux obligations non pécuniaires qui pourraient en ressortir ne favorise pas la lisibilité des règles et rien que pour cela s'avère imprévisible et inattentif.

C'est fort de ce constat que les rédacteurs de l'avant-projet Catala<sup>66</sup>, que les rédacteurs ont décidé de régler le sort de la période précontractuelle en leur imposant un régime spécifique qui fait la part belle au respect de parole conventionnellement donnée notamment par le biais de l'exécution forcée en nature. L'article 1106<sup>67</sup> de l'avant-projet et spécialement son alinéa 2 en atteste : **« La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis. »**

La rétractation du promettant avant la fin du délai d'option est clairement inefficace et le contrat sera formé si le bénéficiaire lève cette option. « Le pouvoir de révocation unilatérale de l'offrant est neutralisé lorsque son offre, adressée à personne déterminée, comportait son engagement de la maintenir pendant un délai de précision. Dans ce cas de figure, la révocation de l'offre n'empêchera pas la formation du contrat si elle est acceptée dans le délai fixé, pas plus d'ailleurs que le décès de l'offrant ou son incapacité

---

<sup>66</sup> V infra II B.

<sup>67</sup> **Art. 1106** « La promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire.

La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis.

Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. » Avant-Projet Catala.

survenus pendant le délai d'acceptation. »<sup>68</sup>

De plus, l'alinéa 3 précise que : « **Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi.** ».

C'est toute la jurisprudence concernant la sanction de l'inexécution des avant-contrats qui mis à mal. Les rédacteurs précisent bien leur intention : « Les règles proposées sont mues par l'impératif d'assurer la sécurité juridique lors de la période précontractuelle. » Ainsi, d'abord, De même que la sécurité du destinataire de l'offre, concrètement le respect de sa croyance légitime dans le maintien de l'offre. Les rédacteurs ont également prévu la sécurité de l'offrant par la règle qui prévoit que le contrat n'est conclu qu'à compter de la réception de l'acceptation. « Ainsi, l'offrant n'est-il contractuellement lié que lorsqu'il a pu prendre effectivement connaissance de la volonté manifestée par son partenaire et ne peut pas être juridiquement engagé sans le savoir. »<sup>69</sup>

Ensuite, c'est la protection de la confiance légitime du bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de contrat que les règles nouvelles ont poursuivi comme objectif.

La philosophie générale des rédacteurs était donc d'assurer la confiance du bénéficiaire du droit d'opter en lui assurant un moyen « énergique » de faire respecter son droit. En effet, « le refus du promettant de conclure le contrat promis ou la conclusion avec un tiers du contrat à propos duquel il avait consenti une priorité ou une exclusivité au bénéficiaire ne font pas obstacle à la conclusion du contrat promis au profit du bénéficiaire. »<sup>70</sup>

On voit bien qu'un régime cohérent et sécuriser de la période précontractuelle en marge du régime de l'exécution des obligations de faire permet d'accéder à plus de lisibilité et rejoint par la même les objectifs européens de promotion des droits nationaux pour l'unification du droit des contrats.

Cette démarche révèle aussi l'hostilité majoritaire à l'octroi de dommages-intérêts.

- la pertinence de l'octroi de dommages-intérêts.

---

<sup>68</sup> D. Mazeaud, Ph. Delebecque, Exposé des motifs, Formation du contrat, Avant-Projet Catala, p 26.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

L'investisseur bénéficiaire qui voit l'actionnaire promettant se rétracter avant la levée de l'option ne pourra donc que prétendre bénéficier de dommages et intérêts. Mais ces dommages-intérêts lui apparaîtront-ils satisfaisants ? En effet, il est possible de se demander à quel montant celui-ci pourra prétendre. Seule la différence entre la valeur réelle des titres et la valeur à laquelle la vente aurait pu se faire risque de lui être octroyée sur le fondement de cette responsabilité contractuelle. L'investisseur ne pourra réaliser la plus value envisagée en cas d'offre sur l'ensemble des titres, dès lors que l'un des actionnaires se soustrait à sa promesse. Non lié contractuellement, si l'on considère la promesse de façon autonome, ces investisseurs bénéficiaires « de fait » pourront sans doute se fonder sur le manquement contractuel du promettant afin d'intenter une action en responsabilité délictuelle et d'obtenir réparation de la perte de la plus value envisagée. Une telle réparation, si elle peut être conséquente, est bien évidemment soumise aux aléas et à la longueur de l'action en justice, à la démonstration d'un dommage certain, direct, indemnisable et prévisible, à la consistance de la surface financière du rétractant... D'autant plus que l'on ne peut pas exclure qu'une simple réparation fondée sur la perte de chance leur soit octroyée.

Comme le démontre le Professeur Denis Mazeaud, « il est douteux que l'exécution par équivalent emporte au profit du bénéficiaire l'équivalent de l'exécution ».<sup>71</sup>

De plus, les investisseurs ne verront généralement que peu d'intérêts à obtenir une telle exécution par équivalent. D'une part, il leur sera difficile de patienter trop longtemps afin d'obtenir ce qui leur est dû : l'investissement exige une certaine célérité. Surtout, les dommages-intérêts permettront rarement d'atteindre l'objectif envisagé.

Si le financier exige la cession des parts, c'est souvent pour des raisons autres que pécuniaires.

Il ressort de la jurisprudence en matière d'avant-contrat que les promesses unilatérales de vente sont devenues des contrats imprévisibles, peu efficaces, dont le régime se rapproche de celui de la simple offre de vente : « le promettant a finalement le pouvoir de dire non, alors que tout l'intérêt des contrats préparatoires est de lui imposer le devoir de dire oui ! ». Plus généralement cela démontre l'insécurité de la période précontractuelle que l'on tentera d'améliorer par le truchement de remèdes contractuels.

#### b) Les remèdes contractuels limités.

---

<sup>71</sup> D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », RDC février 2005, p61.

Face à l'affaiblissement de la valeur des avant-contrats en matière civile et commerciale, la pratique et la doctrine ont du réagir pour l'insécurité et l'inefficacité de la solution jurisprudentielle.

Les développements concernant la matière civile sont également applicables à la matière commerciale même si le domaine, différent et encore plus attaché à la sécurité des transactions, nécessite des remèdes contractuels un peu plus adaptés.

On peut évoquer ici trois hypothèses suggérées par des auteurs.

- la clause pénale.

La clause pénale emporte un effet prophylactique. Elle renforce la force obligatoire du contrat par son caractère automatique et forfaitaire.

Exceptionnellement, la clause pénale est révisée par le juge. Le pouvoir de révision est exceptionnel car la disproportion doit être très manifeste selon l'article 1152 du Code civil<sup>72</sup>. Cette clause peut cependant être déséquilibrée. La jurisprudence a ajouté une règle selon laquelle quand un juge du fond doit réviser une clause pénale, ce dernier doit motiver sa décision de révision, à l'inverse, s'il ne révisé pas, il n'a pas à se justifier.

De plus, la jurisprudence a toujours refusé de réviser des clauses qui n'avaient pas la qualification de clause pénale car « seule les clauses pénales doivent être révisées » selon la lettre de l'article 1152 alinéa 2.

- La clause de dédit.

Cette solution fut proposée par le Professeur D. Mazeaud en réaction à l'arrêt de 1993 concernant les PUV d'immeubles<sup>73</sup>.

Cette clause permet au contractant de sortir seul du contrat formé. Il s'agit d'instaurer conventionnellement une faculté de se dédire.

---

<sup>72</sup> Art. 1152 du Code civil : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »

<sup>73</sup> D. Mazeaud, V. obs. préc.

Paradoxalement, on peut voir en cet instrument contractuel une fuite organisée. Toutefois, cette fuite a un prix, le paiement du dédit qui n'est pas révisable.

On réservera, cependant comme l'instigateur de cette proposition, les cas où les pouvoirs de négociation sont inégaux, hypothèse assez fréquente. De plus, il n'est pas évident que la pratique réponde bien à ces différentes figures contractuelles qui pourraient être considérées comme assez aléatoire et dépendant trop de la volonté des juges.

- la clause privant d'effet toute rétractation du promettant.

Une dernière et simple hypothèse serait, comme le suggère le Professeur Ph. Mallaurie, d'insérer dans le contrat préparatoire une clause qui indiquerait que la rétractation du promettant n'aurait aucun effet. Dès lors l'exécution forcée du contrat promis serait prévue dans l'avant-contrat.

Un certain nombre d'auteurs<sup>74</sup> considèrent en effet qu'une telle clause serait admissible car ne portant pas sur une règle de protection d'ordre public, et voient donc en l'article 1142 une règle permissive et non impérative. L'un d'entre eux<sup>75</sup> propose même une formule type : « le promettant s'interdit de rétracter son consentement pour quelque cause que ce soit avant la fin de ce délai, la simple levée de l'option par le bénéficiaire pendant ce délai suffisant à former la vente. Au cas où il le ferait, l'exécution forcée de la promesse pourrait être poursuivie et la vente constatée en justice, les parties convenant expressément d'écarter l'article 1142 du Code Civil ». Dans les clauses étudiées, il est toujours stipulé que la promesse est « irrévocable ». L'effet psychologique est indéniable mais on peut objecter que cela n'apporte que peu de chose au droit positif qui devrait permettre au créancier de se voir accorder l'exécution en nature. si le juge ne se sent pas contraint par la solution telle qu'elle résulte de l'esprit des textes, elle le sera encore moins par une prévision des parties.

Insécurité, incohérence, manque de prévisibilité, les droits étrangers n'ont apparemment rien à nous envier à tel point que le Professeur P.-Y. Gautier proposa

---

<sup>74</sup> E. Brochier, « L'exécution nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien », RDC février 2005, p125. n°300. D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p1, n°27.

<sup>75</sup> J. Huet, « Les principaux contrats spéciaux », LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2001, n°11508-1, cité par A. Mignon Colombet, « L'exécution forcée en droit des sociétés », sous la direction de Y. Guyon, Economica 2004.

radicalement : « 1142 doit être supprimé car il est trompeur »<sup>76</sup>. On ne saurait lui donner tort au regard de toutes les divergences d'interprétation qui aboutissent à de véritables faiblesses de notre droit de l'exécution des obligations de faire.

---

<sup>76</sup> P.-Y. Gautier, Propos conclusif du colloque sur l'exécution forcée des obligations, *Revue des contrats*, janvier 2005.

2) La concurrence de droits plus sécurisés en matière de sanction des inexécutions contractuelles.

Nous appréhenderons ici deux exemples proches de notre système tant géographiquement que politiquement mais qui pourtant semble réservé plus de sécurité à l'exécution des obligations de faire. Tout d'abord, un exemple de droit de « civil law », le droit belge, opposé au droit de common law (a) et en particulier le droit anglais (b)

a) Tradition équilibrée des droits civils : exemple du droit belge.

Nous aborderons cette étude du droit belge à travers le prisme d'une analyse doctrinale fine proposée par le Professeur P. Wéry, qui dans sa thèse<sup>77</sup>, redécouvre une interprétation et une articulation des articles 1142, 1143 et 1144 du Code civil.

Le droit belge comme le droit français a également été embarrassé par la rédaction de l'article 1142 du Code civil et a aussi cherché à en réduire la portée en en proposant une interprétation restrictive<sup>78</sup>.

Cependant l'auteur belge au soutien de jurisprudence de son pays, plaide « pour une relecture de l'article 1142, qui permette d'accorder les termes de la loi avec le principe de l'exécution en nature ».

Idée qui apparaît à la base dans les écrits de Meynial<sup>79</sup>, elle fut reprise et défendue en Belgique par P. Wéry<sup>80</sup>.

Le raisonnement repose sur la distinction fondamentale entre l'objet de la condamnation judiciaire et ses voies d'exécution.

Concernant l'objet de la condamnation, l'article 1134 du Code civil confère au créancier un droit à l'exécution en nature de l'obligation. Hors le cas d'impossibilité matérielle, ou d'impossibilité juridique<sup>81</sup>, le juge doit condamner le débiteur à l'exécution en nature de son engagement, y compris si l'obligation est « personnelle ».

---

<sup>77</sup> P. Wéry, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil », préface I. Moreau-Margrève, Kluwer éditions juridiques Belgique, 1993.

<sup>78</sup> P. Wéry, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 2001, Chapitre VI, p. 205.

<sup>79</sup> E. Meynial, art. prec.

<sup>80</sup> Y.-M. Laithier, op. cit., p. 53.

<sup>81</sup> Voir infra, développement concernant le droit prospectif.



En effet, en droit belge, le débiteur peut-être condamné à l'exécution en nature, bien qu'aucune voie d'exécution ne puisse vaincre son éventuelle résistance. La distinction processuelle s'applique donc ici, et c'est au niveau de l'exécution de la condamnation que le problème de l'exécution forcée se posera.

C'est uniquement en cas de désobéissance à l'ordre du juge que l'on permettra de recourir aux voies d'exécution, « à l'exécution en nature proprement dite »<sup>82</sup>. Il s'agit là de l'exécution forcée de la condamnation.

On pourrait objecter que le problème ne fait que se déplacer d'un cran car si la contrainte du débiteur n'est pas effective, le résultat, soit l'exécution par équivalent, sera le même qu'en droit français. Cependant la cohérence est plus grande puisque l'obligation de faire en elle-même est sanctionnée par l'exécution forcée en nature.

L'article 1142 ne limite en effet nullement le pouvoir du juge de condamner le débiteur à l'exécution en nature de son obligation, mais confère en plus au créancier le droit de demander des dommages-intérêts en cas de résistance du débiteur à la condamnation judiciaire.

Le droit belge, affirme avec encore plus de clarté le droit pour le créancier de réclamer l'exécution en nature des obligations non pécuniaires. Le résultat est souvent le même qu'en droit français mais la confusion est évitée.

Comme le souligne P. Wéry, le juge est tenu d'accorder au l'exécution en nature de l'obligation en souffrance. Cela fut rappelé expressément lors de l'introduction de l'astreinte en droit belge.

Il fut rappelé que « le droit belge des obligations, issu du Code Napoléon, s'appuie sur le principe fondamental selon lequel les obligations doivent être exécutées en nature par le débiteur »<sup>83</sup>.

Le droit belge s'accorde sur les mêmes textes que le droit français à reconnaître un raisonnement différent, plus fin et surtout plus rationnel.

La clarté de la solution prônant la primauté de l'exécution en nature séduira plus que notre droit, illisible en ce point qui embarrassé par des interprétations opposées de l'article 1142 du Code civil ne parvient pas à se fixer.

---

<sup>82</sup> P. Wéry, art. préc.

<sup>83</sup> Doc. Part., Sénat, S.E., 1979, n°177/2, p. 3 in P. Wéry art. préc.

A l'opposé du droit belge se situe le droit anglais pour lequel, la solution de principe a toujours été l'exécution par équivalent avec pour dénominateur une meilleure lisibilité que le droit français.

b) L'efficacité de la common law : l'exemple du droit anglais.

Presque unanimement, les juristes français considèrent l'exécution en nature comme découlant naturellement du principe de force obligatoire du contrat. Faire ce à quoi on s'est soit même obligé est indubitablement le remède le plus cohérent avec l'exigence de sécurité juridique.

Personne n'ignore également que les pays de Commons ne sont pas réceptifs à la primauté de l'exécution forcée en nature. Les dommages-intérêts demeurent le principe fondamental de réparation sanctionnant les inexécutions contractuelles. Les Cours de justice appliquant la Common law n'ont jamais à l'origine forcé l'exécution d'une prestation promise à un débiteur récalcitrant. Seules les Cours d'Equity, afin de tempérer la dureté du droit commun britannique ont éventuellement accordé des remèdes spéciaux, la specific performance ainsi que les injonctions.<sup>84</sup>

Cependant leur champ d'application demeure très limité et fait figure d'exception comme tous les remèdes d'Equity. Cela induit-il un laxisme des juges anglais à l'égard de la force obligatoire des engagements contractuels<sup>85</sup> ? Et pis encore, les impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité, pourtant imprégnant le droit anglo-américain, seraient-ils curieusement mis à l'écart ?

- Exécution forcée et force obligatoire.

Les dommages-intérêts sont dans la philosophie du droit britannique par hypothèse satisfaisante. Grande confiance est accordée au juge qui peut cependant à titre exceptionnel accorder l'exécution en nature.

---

<sup>84</sup> Sur la résolution des conflits de compétence entre les juridictions d'Equity et de common law, V. G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, p. 64.

<sup>85</sup> F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup>s*, Etudes offertes à J. Ghestin, p. 91.

La specific performance relève du pouvoir d'appréciation du juge qui doit toutefois l'exercer conformément à des principes établis<sup>86</sup>. Quatre critères peuvent être cités: un équivalent monétaire n'est pas adéquat, la substituabilité s'avère impossible ; l'évaluation des dommages-intérêts reflète avec peine l'étendu du dommage subi ; l'existence d'une disposition spéciale relative à la vente des biens<sup>87</sup> ; ou enfin le caractère inapproprié de l'octroi de dommages-intérêts.

Il apparaît clairement que l'exécution en nature par le biais de la specific performance répond à des besoins d'équité tempérant exceptionnellement la rigidité du droit commun.

A ces exigences de fonds liées en particulier à la specific performance, la demande du créancier doit également répondre aux critères de procédure qui conditionnent historiquement l'accès aux remèdes discrétionnaires<sup>88</sup> d'Equity<sup>89</sup>.

Comme le relève par ailleurs un auteur, les relations entre questions de fond et de procédure sont apparentes en droit interne. Si les tribunaux de common law ne condamnaient qu'à des dommages-intérêts, c'est en raison de leur absence de pouvoir de contraindre le débiteur récalcitrant à s'exécuter en nature. L'Equity a pu ordonner la specific performance et prononcer des injonctions grâce à la possibilité d'assortir de telles décisions de sanctions pénales en cas d'inexécution<sup>90</sup>.

On voit bien ici l'importance de l'imperium du juge qui lie la portée du principe d'exécution forcée en nature. Par conséquent, les formes d'exécution forcée sont plus liées à une modalité de condamnation et aux pouvoirs de contrainte du juge qu'à la force obligatoire. Cette approche réconcilie civil et common law puisque tous deux associent malgré tout l'exécution à la force obligatoire. Seules les modalités différencieraient.

Comme le précise un auteur anglais, la common law connaît également la « sanctity of contracts », mais elle lui donne une autre portée, pour un juriste anglais, la force contraignante signifie que les clauses du contrat seront respectées par les juges et ne seront annulées que dans de rares cas qui mettent en cause l'ordre public ou qui sont régis par la loi.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Hansbury & Maudsley, 651.

<sup>87</sup> Section 52 *Sales of Goods Act de 1979* : les tribunaux peuvent, à titre facultatif, ordonner l'exécution en nature en cas d'inexécution par le vendeur de son obligation de livrer un corps certain.

<sup>88</sup> Sur ce caractère discrétionnaire, V. Ruth Sefton-Green et F. Bellivier, op. cit. p. 95.

<sup>89</sup> Les critères d'accès aux Cours d'Equity sont demeurés presque intacts. La maxime « Whomever seeks Equity must do Equity » résume bien la teneur de cette exigence. Le créancier doit agir à temps (*barred by laches*), ne pas être abusif dans sa demande...

<sup>90</sup> Marcel Fontaine. « Propos conclusifs », Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, sous la dir. De G. Viney et M. Fontaine.

<sup>91</sup> S. Whitakker, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, sous la dir. De G. Viney et M. Fontaine. XXIII, n°40.

Néanmoins, on pourrait douter de l'efficacité de ce principe d'exécution par équivalent qui selon une doctrine française quasi unanime n'est que très approximativement satisfaisante. Il faut cependant ici ne pas comparer ce qui n'est pas comparable. Les pays de common law ayant « l'habitude » de cette forme de réparation, les dommages subis sont généralement fort bien estimés par les juges.

Différentes techniques d'approche des dommages-intérêts ont été élaborés par la jurisprudence et comblent les lacunes du droit français. Il s'agit principalement de la distinction entre dommages-intérêts positifs et négatifs.

Les dommages-intérêts positifs – les « expectation interests » - tendent à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. Les dommages-intérêts négatifs – reliance interests – tendent à replacer la victime dans la situation aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.

Comme le souligne M. Fontaine, ces deux modes abordent différemment la réparation, qui répondent chacun à une certaine logique. « Les dommages-intérêts positifs sont particulièrement appropriés en cas d'inexécution d'un contrat valablement formé, alors que les dommages-intérêts négatifs sont mieux adaptés à des hypothèses telles que la responsabilité précontractuelle ».

Les dommages-intérêts s'avèrent donc être un mode d'exécution élaboré qui permet de coller au plus près du dommage subi. La primauté des dommages-intérêts sert dans cette optique la force obligatoire du contrat. D'autant plus que les juges en cas d'inexécution abusive n'hésitent pas à infliger des dommages-intérêts punitifs – punitive damages – qui sanctionnent au delà du préjudice subi, le caractère répréhensible de l'inexécution fautive du débiteur.

De plus, même si ce mode de sanction est moins respectueux de la parole conventionnellement donnée, il ouvre la voie à une analyse économique du droit de l'exécution forcée considérée souvent comme plus efficace que l'exécution en nature.

- La prétendue efficacité de la common law en matière d'exécution : l'analyse économique.

L'octroi de dommages-intérêts est souvent perçu comme plus viable économiquement. Il s'avère en premier lieu plus facile à mettre en œuvre. Payer une somme d'argent, si elle est bien évaluée, présente un bon rapport coût (atteinte à la force obligatoire) / avantage (réduction des frais de justice, condamnation mieux acceptée et exécutée par le débiteur récalcitrant).

Cette efficacité est a priori séduisante. Si le créancier est convenablement dédommagé, alors que ce n'est pas toujours le cas en droit français, pourquoi insister en faveur d'une exécution en nature plus difficile à obtenir et qui plus est dans une entente difficile.

L'analyse économique du droit, deuxième argument en faveur de l'efficacité dans les pays de common law réside dans un courant qui affecte de plus en plus le droit français.

Il trouve réception au sein du droit de l'exécution forcée des pays anglo-américains. De fait, c'est tout d'abord aux Etats-Unis que le mouvement Law and Economics s'est développé et en particulier sur la question de la violation efficace<sup>92</sup>. Cette théorie approuve l'inexécution des obligations du débiteur si ce dernier a pour seul motif de contracter ailleurs plus avantageusement et qu'il indemnise à hauteur du préjudice subi le créancier.

Citons l'exemple donné par un auteur : « je vends mes marchandises à B pour 1000. C se présente et l'en offre 1200. Si je me laisse tenter par cette offre supérieure, qui m'apporte un gain supplémentaire de 200, je dois rompre mon engagement envers B. J'apprends que B allait réaliser un profit de 100 grâce à cette opération (il allait revendre les marchandises 1100). Je devrai donc lui payer 100 de dommages-intérêts. On constate que si je romps mon contrat avec B, chacun a lieu d'être satisfait : C obtient les marchandises au prix qu'il offrait, je réalise un profit supplémentaire de 100 (les 200 offerts en plus par C moins les 100 de dommages-intérêts), et B, avec ses dommages-intérêts, perçoit l'équivalent des bénéfices qu'il aurait retirés du contrat.<sup>93</sup>

Cette démonstration illustre bien les arguments en faveur de la théorie de la violation efficace dont l'épanouissement est aussi dû à la primauté des dommages-intérêts en droit anglo-américain. Le juge Holmes a dès 1897 initié ce mouvement qui tend à détacher le mode d'exécution forcée de toute considération morale<sup>94</sup>. Le débiteur possède dès lors le choix entre exécuter ou alors indemniser si l'exécution lui est moins favorable économiquement.

---

<sup>92</sup> *Efficient breach*. V. R.L. Birmingham à qui la théorie est attribuée. « Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency », 24, *Rutgers Law Review*, 1970, 273 et s.

<sup>93</sup> M. Fontaine, *Ibid.*

<sup>94</sup> Holmes, « The duty to keep a contract a common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else », *The path of law*, *Harvard Law Review*, 1897, 457.

On est ici loin de la lettre et l'esprit de l'art. 1134 al 1 du Code civil. Que ce soient l'autonomie de la volonté ou encore des doctrines plus solidaristes, ces idées sont à l'opposée de l'inexécution de l'obligation de faire simplement en raison d'une meilleure affaire à faire. L'efficacité et l'analyse économique du droit n'irradie pas encore suffisamment la jurisprudence ou la doctrine française en dépit des velléités de rendre le droit français plus attractif sur le marché juridique.

Mais est-ce pour autant se montrer réactionnaire ? Sacrifier sur l'autel de l'analyse économique du droit, une culture juridique au fond plutôt harmonieuse serait prématuré et peu efficace puisque le droit anglo-américain réceptionne cette théorie beaucoup mieux que ne saura jamais le faire le droit français en particulier et les pays de « civil law » plus généralement.

De plus, la voie de l'exécution en nature, peut-être moins efficace économiquement, a encore cours dans la majorité des pays dont l'industrie et le commerce international sont développés. Cela est particulièrement avéré pour les pays de l'Union Européenne qui ont essayé d'harmoniser leur législation dans ce domaine.

### 3) Le modèle harmonisé : Les principes du droit européen du contrat.

En partant du constat que l'uniformisation des règles de conflit était certes un bon point de départ mais s'avéraient fort insuffisantes pour l'aboutissement d'un marché européen intégré, acteurs des institutions de l'Union et professeurs se mirent d'accord sur la nécessité de règles uniformes de fond.

C'est ainsi que se développa l'idée d'un Code civil européen dont le projet présidé par Ole Lando dans le cadre des Commissions pour le droit européen du contrat.

Concernant l'exécution des obligations, le Chapitre 9 des principes règle « les divers moyens en cas d'inexécution » et consacre au sein de sa première section un véritable droit à l'exécution.

Au sein de cette Section 1, après avoir traité des « dettes de sommes d'argent », l'art. 9 :102 fixe le régime « des obligations autres que de somme d'argent ».

Cet article dispose en effet que :

« (1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse.

(2) Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque,

- a) l'exécution serait impossible ou illicite,
- b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables,
- c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles,
- d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen.

3) le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature s'il manque à la demander dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution. »

Les commentateurs des principes affirment clairement que cet article accorde au créancier le droit d'exiger de la partie défaillante l'exécution en nature d'une obligation contractuelle autre que le paiement d'une somme d'argent. Le créancier n'aurait pas uniquement un droit substantiel à exiger de l'autre partie l'exécution, telle que celle-ci est spécifiée dans le contrat ; il dispose aussi d'une voie de droit et peut solliciter une décision de justice.<sup>95</sup>

Le champ d'application de ce droit à l'exécution est à l'évidence plus large que celui du droit français, puisque l'art. 9 :102 couvre toutes les obligations qui ne relèvent pas de l'art. 9 :101. Cela comprend les obligations de faire ou de ne pas faire par opposition aux obligations de somme d'argent.

Les Principes vont finalement assez loin dans l'admission d'un tel droit puisque l'exécution forcée s'inscrit en tant que principe tempéré, il est vrai, par des exceptions notables.

Mais on semble noter une hiérarchie dans les sanctions, ce qui laisse penser que le système de Commons law s'est quelque peu effacée devant la tradition romaniste. On remarque cela d'autant plus que les Principes Unidroit<sup>96</sup> se sont ralliés à cette solution sans y adjoindre non plus l'équivalent de l'art. 28 du droit uniforme de la vente. La Convention de Vienne, en effet, par son article 28 a du concéder qu' « un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention ».

Les commentateurs précisent les raisons de ce choix. Selon eux, un droit général à l'exécution en nature présente de multiples avantages dont le plus évident est l'obtention par le créancier, autant que possible, de ce qu'il est en droit d'attendre du contrat.

Cette forme de remède permet également d'éviter les difficultés d'évaluation d'une réparation par équivalent.

Les commentateurs précisent enfin que ce choix renforce et est intimement lié à la force obligatoire du contrat<sup>97</sup>. Les principes prendraient le parti des pays de droit civil en rattachant comme fondement à l'exécution forcée en nature, la force obligatoire.

En dernier lieu, l'utilité et l'efficacité de ce remède sont mises en avant pour des situations particulières comme les périodes de pénurie ou la rareté de l'objet à livrer.

---

<sup>95</sup> G. Rouhette, I. de Lamberterie, D. Tallon, et C. Witz, Principes de droit européen du contrat, Version française, Société de législation comparée, 2003, p. 359-360.

<sup>96</sup> Art 7.2.2, Unidroit, not. B, c et e : « A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution... » suivent à ce principe des exceptions expressément énumérées.

<sup>97</sup> Voir supra a propos du véritable fondement de l'exécution en nature.



La consécration du droit à l'exécution réduit le rôle du juge qui n'est pas libre de décider ou non d'ordonner l'exécution ; il sera tenu de déférer à la demande, sauf les exceptions expressément prévues par le texte.

Parmi les exceptions, on retrouve les cas d'impossibilités qu'elles soient juridiques ou matérielles.

Une exception plus particulière aux Principes réside dans le caractère déraisonnable des efforts ou des dépenses que le débiteur aurait à fournir en cas d'exécution forcée en nature. Le test de raison, cher au droit britannique irradie les dispositions contenues dans les Principes. L'exécution en nature n'échappe pas à cette tendance. Les commentateurs donnent à ce propos des exemples précis de ce qui pourrait être considéré comme déraisonnable<sup>98</sup>.

L'exception de raison est, selon nous, une œuvre de compromis et de bon sens qui permet une meilleure efficacité et renforce ainsi la légitimité du principe d'exécution forcée en nature. Loin de l'amoindrir, l'exception permet de rendre au principe plus de flexibilité et permet d'éviter de le contourner maladroitement si les faits d'espèce mènent à l'absurdité de son application stricte.

Le modèle harmonisé apparaît donc comme faisant la part belle au principe d'exécution en nature allant même jusqu'à induire un droit subjectif à l'exécution en nature des obligations de faire. Nous sommes proches des pays de tradition romaniste mais pourtant si loin de la lettre de l'art. 1142 du Code civil. Ce décalage entre l'esprit de notre droit plutôt mal lisible qu'incohérent démontre l'utilité d'un « rafraîchissement » de notre théorie générale telle qu'elle est montrée dans les textes.

À l'aune d'un Code civil européen, il était important de présenter peau neuve et au final de montrer quel est véritablement l'état de notre droit des contrats tel qu'il résulte de ce qui est visible par tous, de ce qui constitue la « constitution civile des français », le Code civil. C'est ce Code que l'on désire exporter ; on ne saurait « vendre » ce « produit » aux autorités communautaires embarrassé de toutes ses exceptions de droit spéciales peu visibles, ou ses précisions jurisprudentielles qui ne sont pas l'évidence même à la lecture des articles du Chapitre 3.

---

<sup>98</sup> G. Rouhette, I. de Lamberterie, D. Tallon, et C. Witz, « *Illustration 3 : A a vendu à B son yacht « Elisa » avec promesse de le livrer au domicile de B. Durant, ce trajet, l'Elisa est heurté par un navire et sombre par 200 mètres de fond. Les frais de renflouement s'élèveraient à 40 fois sa valeur. Le coût d'une exécution forcée en nature serait déraisonnable* », op. cit.

C'est fort de ce constat un peu morose<sup>99</sup>, en particulier lors du bicentenaire du Code Napoléon, que les autorités nationales ont décidé de constituer un groupe de travail sous la direction du Professeur Pierre Catala afin de réécrire la partie du Code civil afférente à la théorie générale des obligations.

---

<sup>99</sup> Les Grands débats au bicentenaire : l'enjeu européen. Plus de la moitié des contributions d'auteurs évoquent le droit européen, allant jusqu'à l'idée du Code civil européen. Indépendamment d'un Code européen, on s'est accordés pour dire que la vocation européenne du Code civil était un peu terminée.

## ***B) Droit prospectif : le projet de réforme Catala.***

Pour un grand nombre de juristes, le grand défi du droit des contrats en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle réside dans la capacité des juristes contemporains à concevoir une réforme du droit des obligations. A l'heure de l'intégration européenne et de la mondialisation, le droit français des contrats apparaît, pour certains, techniquement dépassé voir obsolète.

Il s'agissait, par le biais d'une grande réforme de toucher le but que Jean Carbonnier conseilla à Pierre Catala : « Il faut avoir une vision de la famille pour légiférer en droit des personnes, mais le contrat étant un instrument essentiellement économique de la vie sociale, il suffit que la loi du contrat soit utile et juste... »<sup>100</sup>. Afin d'aboutir à ce dessein, une refonte complète de la théorie générale des obligations contenue dans le Code civil fut nécessaire. La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles y occupe naturellement une place importante puisque le respect de la parole conventionnellement donnée permet d'assurer l'efficacité de cette utilité de la loi du contrat. Le projet réunissant les plus éminents professeurs fut accompli en trente mois et a été présenté au Garde des Sceaux le 22 septembre dernier.

Comme le souligne Pierre Catala, le projet demeure « un modèle libéral ». la volonté des parties reste donc une pièce centrale du sort de leurs obligations contractuelles. Partant, le chapitre 3, « de l'effet des conventions » retrouve toute sa vigueur notamment grâce aux règles d'interprétation et de qualification dorénavant directement liées à la force obligatoire du contrat.

Une quatrième section de ce troisième chapitre affirme plus encore la vigueur du principe de force obligatoire des engagements voulus par les parties. L'intitulé est net et sans équivoque : « de l'exécution des obligations ». La rationalisation des règles relatives à l'exécution montre bien le manque de clarté qui caractérise notre actuel Code civil. Elle montre également l'importance que la doctrine porte à cette question à laquelle elle a voulu répondre uniformément par le principe d'exécution forcée en nature. (1).

Cependant, au-delà de l'intérêt de la rationalisation des règles d'exécution des obligations, on peut s'interroger sur l'avancée effective des solutions retenues au sein de l'avant projet. (2).

---

<sup>100</sup> P. Catala, La genèse et le dessein du projet, Revue des contrats janv 2006, n°1, p. 11.

1) La rationalisation des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles.

- a) le regroupement au sein d'un même corpus des règles concernant l'exécution des obligations.

Comme le souligne le professeur Denis Mazeaud, l'avant-projet procède avant toute chose d'une mise en ordre des règles concernant la théorie générale des obligations au sein du Code civil. Plus encore qu'une simple mise en œuvre, il s'agit effectivement de « l'amélioration de l'intelligibilité du Code civil »<sup>101</sup>.

Cela est tout particulièrement avéré en ce qui concerne l'exécution des obligations qui bénéficie dorénavant d'un corpus distinct. Cette nouvelle disposition démontre le désordre qui règne au sein des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Le Chapitre III du Titre III sera donc comme le souligne les rédacteurs de cette partie, plus logiquement organisé en comprenant une section intitulée "De l'exécution des obligations".

Notre Code civil traite en effet actuellement de la question dans deux sections consacrées à l'obligation de donner, puis à l'obligation de faire ou de ne pas faire.

Ainsi, la présente organisation mélange assez illisiblement typologie d'obligations et régime attaché à la sanction de leur non respect<sup>102</sup>.

L'actuelle Section III spécifique aux obligations de faire postule d'emblée la résolution en dommages intérêts en cas d'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire. Aucune définition de ces catégories d'obligation n'étant proposée, il semblait parfois mal aisé d'appliquer ce texte à certaines obligations ou du moins de cerner pour le profane le régime applicable à l'obligation qu'il avait pu contracter.

Il est vrai comme le souligne le rédacteur de cette nouvelle classification, que l'exercice est périlleux, et que c'est peut-être finalement à cause de cela que les rédacteurs de 1804 n'ont pas voulu enfermer dans un carcan trop serré la qualification de certains engagements<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Denis Mazeaud, Revue des contrats 01/01/2006, Propos conclusifs du colloque présentant l'avant-projet.

<sup>102</sup> Cf supra Introduction, Section III : « de l'obligation de faire ou de ne pas faire », art. 1142s.

<sup>103</sup> D. Martin, Avant-projet Catala, p37 qui précise à propos de sa contribution : « La classification des obligations – ou leur spécification – est un exercice délicat.

*Car, il tend à exprimer, en peu de mots et de figures, les types généraux sous lesquels se rangent, ou auxquels se rattachent, en dépit de leur extrême diversité, les obligations légales ou volontaires. Est-ce la difficulté de l'entreprise qui a détourné les concepteurs du Code civil de s'y risquer ? »*

L'avant-projet remédie à cette carence en proposant pour ce qui nous intéresse une définition des obligations de faire :

*Art. 1144 « L'obligation de faire a pour objet une action, comme la réalisation d'un ouvrage ou une prestation de services, ainsi dans l'entreprise ou le louage de services ; celle de ne pas faire une abstention, ainsi de la non-concurrence, du non-rétablissement, de la non-divulgateion ou de la non-construction. »*

L'art. 1144 de l'avant-projet clarifie donc nettement ce qu'est une obligation de faire puisqu'en plus de donner les caractéristiques générales d'une telle obligation – une action, la réalisation d'un ouvrage, ou une prestation de service - ; des exemples précis permettent de mieux cerner à quoi s'applique le nouveau régime envisagé aux art. 1154 et suivants. Comme le relève un auteur, à la différence du Code actuel, où la matière apparaît comme très éclatée, le ce projet donne en tout cas ici une vision d'ensemble du sort du contrat en cas d'inexécution.<sup>104</sup>

L'auteur de cette partie relève aussi l'intérêt majeur d'un tel travail de définition qui éclaire la théorie des obligations en l'enrichissant des concepts fondateurs de son objet même<sup>105</sup>.

La velléité de clarification prend ici tout son sens. En instaurant, un nouveau régime en faveur de l'exécution en nature qui s'applique expressément à toutes les obligations de faire par principe, il était important de définir clairement et largement la notion afin que la reconnaissance au sein de l'avant-projet de la primauté de l'exécution en nature en cas d'inexécution des obligations de faire puisse être effective.

b) La reconnaissance d'un droit à l'exécution forcée en nature.

Les auteurs de la section IV étudiée ont gravé dans le projet une avancée remarquable qui néanmoins pour eux se cantonnerait à refléter et clarifier quelque peu le droit positif. Selon eux, en effet, si une modification radicale est proposée pour la rédaction du célèbre article 1142, il s'agit surtout de tenir compte du fait que les exceptions et tempéraments apportés à la règle formulée par l'actuel article 1142 sont devenus si importants que le principe peut désormais être présenté d'une façon inversée, plus conforme à la réalité<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> P. Ancel, *Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats*, *Revue des Contrats* n°1, janvier 2006.

<sup>105</sup> D. Martin, *ibid.*

<sup>106</sup> Laurent Leveneur Hervé Lécuyer, AP C p 35 ?

Cette conformité à la réalité est avérée mais la rédaction des dispositions 1154 et svtes. va bien au delà. Ces articles prévoient ainsi :

« § 2 – *Des obligations de faire ou de ne pas faire*

*Art. 1154 L'obligation de faire s'exécute si possible en nature.*

*Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.*

*En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur.*

*A défaut d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts. »<sup>107</sup>*

Le renversement de principe posé par la lettre de l'actuel art. 1142 du Code civil serait consacré avec vigueur puisqu'il en prend le contre-pied par la sentence laconique de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 1154. On ne serait être insensible au parallélisme de la forme de ces deux articles. Cependant, comme nous avons le voir, ces dispositions recouvriraient un champ d'application fort différent.

Le nouvel article 1154 consacrerait l'avènement de la qualification de l'obligation de faire qui retrouverait tout son sens au lieu d'être contournée ou minimisée.

Comme le souligne un autre rédacteur de l'avant-projet, la primauté de l'exécution en nature des obligations de faire est consacrée, éventuellement sous astreinte ou contrainte sur les biens, sauf les cas où « la prestation attendue a un caractère éminemment personnel »<sup>108</sup>.

Regain de la qualification d'obligation de faire et retour à plus d'orthodoxie dans le travail de qualification mais également création potentielle de droits subjectifs pour le créancier.

- La création d'un potentiel « droit à la prestation »<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Avant-projet Catala p 99

<sup>108</sup> Judith Rochfeld, *Remarques sur les proposition relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution*, Revue des Contrats, janv 2006, n°1, p. 113.

<sup>109</sup> Judith Rochfeld, *ibid.*

Malgré l'objection des auteurs de cette partie de l'avant-projet<sup>110</sup> qui préfère considérer le renversement de principe objectivement sans avoir pour effet la création d'un « droit à » l'exécution forcée, d'aucuns pensent que la création d'un droit subjectif à la prestation pourrait jaillir de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 1154 de l'avant-projet. Cela s'inscrirait dans une logique plus globale de subjectivation de l'exécution contractuelle. Comme le remarque J. Rochfeld, le créancier aurait le droit, par le truchement de l'exécution forcée et de la résolution, d'exiger l'exécution en nature de la prestation promise ainsi que de résoudre unilatéralement le contrat en cas d'inexécution<sup>111</sup>.

La subjectivation se traduit ici par une plus grande liberté du créancier lésé qui peut soit faire respecter la parole contractuellement donnée par son débiteur ou bien résoudre le contrat plus facilement. Le créancier ne se retrouverait donc plus prisonnier d'un contrat non ou mal exécuté.

- le rôle du juge.

Partant, les rapports des parties au juge s'en trouveraient profondément modifiés. En effet, reconnaître au créancier un « droit à » l'exécution forcée en nature le laisserait maître de la sanction à appliquer à l'inexécution de l'obligation en souffrance. Cela reviendrait non pas simplement à accorder au créancier la prérogative de dire le droit (*juridictio*) mais également, dans une certaine mesure, celui de contraindre son débiteur (*impérium*). Le rôle du juge s'en trouve singulièrement limité. S'il peut maintenant, par le travail de qualification de l'obligation et le jeu de l'ambiguïté de l'art. 1142, accorder parfois sans cohérence le remède qu'il estime le plus juste ; la solution édictée par l'art. 1154 de l'avant-projet le place dans une fonction d'homologation du choix du remède du créancier.

Il ne lui resterait plus que le contrôle de l'abus de droit<sup>112</sup> ou encore de la bonne foi<sup>113</sup> pour freiner les demandes d'exécution en nature illégitime.

---

<sup>110</sup> H Lécuyer et L. Lleveneur qui précisent après avoir exposé les termes du nouvel art. 1154 que même si « *Le renversement du principe est bienvenu. Sans doute vaut-il mieux l'énoncer objectivement plutôt que par le biais d'un « droit à ».*

<sup>111</sup> J. Rochfeld, op cit.

<sup>112</sup> P. Wéry

<sup>113</sup> P. Grosser

Là encore, le rôle du juge induit par la rédaction de l'art. 1154 permet une certaine cohérence des contraintes directes ou indirectes imposées au débiteur récalcitrant. L'astreinte, contrainte indirecte, insérée au sein du Code civil, serait une des modalités de l'exécution en nature des obligations de faire. Comme le souligne les rédacteurs, il était bien difficile de continuer à proclamer 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 » alors que des textes régissant la procédure d'exécution (Lois du 5 juillet 1972, puis du 9 juillet 1991) ont consacré l'astreinte avec un champ d'application très vaste.

On retrouve ici, au niveau de la procédure où le rôle du juge est intimement lié, le dessein de lisibilité pour les profanes de leurs voies de recours en cas d'inexécution d'une obligation dont ils sont créanciers.

MM. Lécuyer et Leveneur soulignent à propos qu'il n'était plus possible « de laisser entendre dans le Code civil que l'inexécution n'ouvrirait droit qu'à des dommages et intérêts au créancier... »<sup>114</sup>

Malgré tout, la rédaction de l'art. 1154 n'oublie pas que la contrainte, directe ou indirecte, demeure en potentielle contradiction avec des libertés individuelles dont on ne saurait s'affranchir au motif de la primauté de l'exécution en nature. Cette zone d'ombre montre que la lisibilité et la cohérence apportées par l'avant-projet dans ce domaine laisse planer quelques réserves sur l'efficacité de l'inversement du principe de l'art. 1142 du Code civil.

## 2) Les doutes subsistants.

Si des interrogations restent en suspens quant à la portée exhaustive de l'art. 1154 de l'avant-projet, la majorité de la doctrine salue néanmoins cette avancée considérable.

### a) L'utilité du renversement de principe.

---

<sup>114</sup> H. Lécuyer, L. Leveneur, Op cit.



Comme le remarqua le Professeur D. Mazeaud, « sur toutes ces innovations, on se contentera de se féliciter à l'instar de Ph. Delebecque, qui souhaite qu'elle soit parée de l'ordre public, que l'exécution forcée en nature devienne officiellement la première sanction de l'inexécution. »<sup>115</sup>

On sent en effet poindre à regret une réforme peut-être un peu molle qui aurait pu trancher encore plus en faveur de l'exécution forcée en nature. Le professeur P. Delebecque remarque à juste titre que la rédaction de l'art. 1154 ne fait que consacrer un état de fait de notre droit positif.<sup>116</sup> L'auteur salue cependant l'avancée considérable que peut apporter une consécration expresse du renversement de principe de l'art. 1142 même si le droit positif est déjà très favorable à l'exécution forcée en nature.

Malgré tout, on peut s'interroger sur la portée d'une telle consécration si les parties peuvent prévoir par avance la renonciation à l'exécution forcée. La primauté de l'exécution en nature ne semble en effet pas « parée » de l'ordre public. La libre disposition de ce « droit à la prestation » ne serait pas de très bon augure si l'on veut voir maintenu une certaine hiérarchie parmi les sanctions de l'inexécution des obligations de faire.

Le renversement de principe permet-il, au delà de la lisibilité et de la cohérence qu'il apporte, de neutraliser les anomalies jurisprudentielles quant aux avant-contrats décrites par une doctrine majoritaire ?

La réponse est nuancée puisque la jurisprudence ne pourra plus du tout se fonder sur la qualification d'obligation de faire pour condamner uniquement à des dommages intérêts.

Ce n'est pas directement la solution qui émane de l'art. 1154 de l'avant-projet qui permet de contrer la jurisprudence en la matière mais plutôt l'articulation de cet article avec les articles 1144 - définissant les obligations de faire au sein desquelles de pourraient figurer les obligations résultant d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence – et 1106 al 2 et 3 qui prévoient expressément le sort des avant-contrats inexécutés. Ainsi, selon cette disposition, la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Denis Mazeaud, op. cit.

<sup>116</sup> Philippe Delebecque, qui pose la question de la nouveauté de la solution apportée par l'art. 1154. *L'exécution forcée*, Revue de Contrats, janv 2006, n°1, P. 99.

<sup>117</sup> Art. 1106 « *La promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire.*

*La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis.*

L'art. 1106-1 al 3 de l'avant-projet prévoit lui une solution plus logique que le recours à l'exécution forcée en tant que telle des obligations de faire, soit l'inopposabilité du contrat conclu en méconnaissance des droits du bénéficiaire<sup>118</sup>.

Ainsi, le principe d'exécution forcée en nature ne servirait pas à contrer la jurisprudence en matière d'avant-contrats mais le travail plus orthodoxe de classification des rédacteurs permet d'arriver à une « belle cohérence »<sup>119</sup> qui loin d'amoindrir la force de l'exécution en nature en réduisant le champ des obligations de faire, la renforce par la création d'un régime spécifique aux situations précontractuelles.

b) une mise en œuvre encadrée.

Malgré la consécration de l'inversement du principe de l'art. 1142, l'alinéa 1 de l'art. 1154 de l'avant-projet et de suite assorti d'une réserve qui tient à la possibilité même de l'exécution en nature. L'impossibilité s'avère donc un tempérament renouvelé et le corollaire du droit à l'exécution en nature.

Trois cas d'impossibilité sont en général admis<sup>120</sup>. L'impossibilité matérielle tout d'abord, qui empêche à l'évidence l'exécution en nature puisque l'objet même de la prestation n'est plus disponible (réalisation de la prestation subordonnée à un événement passé, destruction de la marchandise promise...).

L'impossibilité juridique ensuite, lorsque par exemple des tiers de bonne foi ont acquis des droits sur un corps certain que le débiteur devait livrer au créancier.

---

*Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. » Avant projet Catala p. 69*

<sup>118</sup> Art. 1106-1 « *Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui.*

*Le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence.*

*Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. » Ibid.*

<sup>119</sup> P. Delebecque, op. cit.

<sup>120</sup> Contra P. Wéry, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, contribution op. cit. L'auteur que les impossibilités ne sont que matérielles ou juridiques.

L'impossibilité morale enfin, qui se caractérise par la menace d'une liberté fondamentale du débiteur en cas d'exécution forcée dont l'exemple le plus connu du peintre qui ne peut être contraint à finir sa toile<sup>121</sup>. Ce cas d'impossibilité morale est quelque peu redondant avec l'alinéa 2 de l'art. 1154 qui précise bien que l'exécution en nature peut être demandée « *sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.* » et ne peut en aucun cas ne « *peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur.* » (al. 3).

Les redondances que peuvent recouvrir les limites à l'exécution forcée de certaines obligations de faire attestent bien la délicatesse du travail des rédacteurs qui précisent d'ailleurs que la limitation au principe n'est pas de la même intensité selon les situations (distinction entre contraintes directes et indirectes)<sup>122</sup>.

Enfin, on pourrait regretter que les rédacteurs n'aient pas été plus clairs sur l'existence d'un réel « droit à » l'exécution en nature. Selon leur commentaire déjà évoqué, il ne s'agirait que d'un droit objectif ce que semble contredire certains auteurs.

L'ambiguïté aurait de lourdes conséquences que la jurisprudence affinerait au fur et à mesure du contentieux. Celle là pourrait considérer que le créancier n'a pas un droit à l'exécution et que le juge reste maître de ses décisions quant à la sanction de l'inexécution des obligations de faire. L'art. 1154 de l'avant-projet ne serait qu'un guide pour les juges. Comme le souligne un auteur, cette conception serait en accord avec une doctrine minoritaire qui refuse de considérer un quelconque droit subjectif du créancier à l'exécution en nature mais surtout de lui reconnaître une primauté sur les autres sanctions.<sup>123</sup>

L'édiction d'un droit à la prestation promise aurait permis de se place au même rang que les Principes Unidroit ou encore les Principes du droit européen du contrat qui reconnaisse un droit à l'exécution en faveur du créancier<sup>124</sup>.

Le juge aurait donc un pouvoir modérateur supérieur au sein de l'avant-projet. Le dessein de bonne concurrence de notre Code civil souffrira peut-être de cette ambiguïté qui ne séduira pas tous les autres pays membres de l'Union.

---

<sup>121</sup> Arret Whistler, Civ 14 mars 1900, D. 1900. 1 .497, rapport Rau, concl Desjardin.

<sup>122</sup> H. Lécuyer, L. Leveneur « *Le plus délicat est d'exprimer les limites du droit à l'exécution forcée par contrainte directe, D'une part, et au moyen de l'astreinte, d'autre part, limites qui reposent sur la même idée, mais semble-t-il avec une intensité différente: on ne peut contraindre par la force un entrepreneur à effectuer les travaux promis (atteinte excessive à la liberté individuelle), alors qu'on peut le lui enjoindre sous astreinte; mais l'astreinte cesse d'être possible si la prestation présente un caractère éminemment personnel (l'exemple classique est celui de l'œuvre qu'un artiste s'est engagé à réaliser).* » op cit

<sup>123</sup> J.. Rochfeld op cit.

<sup>124</sup> voir supra.

## **Conclusion :**

Au fur et à mesure de notre étude, nous nous sommes rendus compte des limites de la méthode du comparatisme. Celle là aussi éclairante et séduisante qu'elle puisse être, paraît peu utile tant les idiosyncrasies nationales resurgissent lorsqu'il s'agit de faire respecter la parole conventionnellement donnée.

Cependant des améliorations de notre droit peu lisible et parfois incohérent sont souhaitables, et au regard de ce que propose les professeurs qui ont contribué aux projets européens d'harmonisation du droit des contrats, l'avant-projet Catala semble un bon compromis entre modernité et respect de la « tradition » comme l'exprimait Meynial.

Il faut en effet bien comprendre l'enjeu du débat. Comme le remarque justement P.-Y. Gautier au sujet du colloque concernant l'exécution des obligations contractuelles, « c'est un colloque important, parce que comme l'a dit le Professeur Martin, c'est d'un enjeu mondial dont nous discutons aujourd'hui »<sup>125</sup>.

Mondial, car il s'agit de montrer que le droit français a encore sa place dans le choix du droit applicable au contrat dans un contexte international ; qu'il est sécurisé et prévisible.

Mondial également ou du moins européen, car le droit des contrats français doit demeurer exportable comme le soulignait le Professeur M. Grimaldi et inspirer non seulement la possible harmonisation du droit des contrats en Europe mais aussi des droits internes en quête de modèle.

Le problème de l'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires s'avère en dernier lieu intéressant car il a pu mettre en lumière de nouvelles oppositions doctrinales. La doctrine classique et la doctrine solidariste ne s'opposant quasi pas en ce domaine mais trouvant en face d'elles une doctrine moderniste nourrie de droit comparé et d'analyse économique du droit.

---

<sup>125</sup> P.-Y. Gautier, op. cit.

Nous citerons pour conclure à propos, les propos conclusifs du Professeur P.-Y. Gautier qui estime que tout ici est question de conscience, « conscience face au droit. Le débiteur qui se repend du contrat, mais trop tard. Conscience, puisqu'au fond, ce débiteur répudie son consentement, puisqu'il n'en veut plus. Mais on ne répudie pas autrui comme cela. Par conséquent, l'exécution du contrat en nature ou par équivalence est probablement une belle question d'analyse économique du droit ou de technique des obligations. Mais c'est aussi et avant tout un sujet de morale du contrat »<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> P.-Y. Gautier, *op. cit.*

## **BIBLIOGRAPHIE :**

### **Manuels :**

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, 2002, Dalloz  
H. de Vauplane, *Droit des marchés financiers*, Litec

### **Thèses :**

Lonis-Apokourastos, « La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature », PUAM, 2003, Pref. J. Mestre  
E. Massin, « De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire », thèse Paris, 1893  
Y.-M. Laithier, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », *LGDJ*, T. 419, 2004  
P. Wéry, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil », préface I. Moreau-Margrève, Kluwer éditions juridiques Belgique, 1993.  
Ch. Bruneau, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, Thèse Paris II, 1974

### **Doctrine :**

#### *Revue des Contrats :*

Colloque concernant l'exécution forcée des obligations janvier 2005.  
Propos sur l'avant-projet Catala janvier 2006.

#### *Revue Trimestrielle de Droit civil :*

D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter »  
G. Pignarre, « A la redécouverte de l'obligation de praestare »  
J. Schmidt-Szalewski, « la force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats »

Le contrat au début du XXI<sup>es</sup>, Etudes offertes à J. Ghestin

Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, sous la dir. De G. Viney et M. Fontaine

M. Grimaldi, « L'exportation du Code civil », in *Le Code civil, Pouvoirs*, Seuil, n°107.

G. Rouhette, I. de Lamberterie, D. Tallon, et C. Witz, *Principes de droit européen du contrat*, Version française, Société de législation comparée, 2003

Mélanges AEDBF : B. de Saint-Mars, « Marchés financiers et garantie de ducroire »

J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Le juge et l'exécution du contrat*. PUAM

W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire ».

