



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

École doctorale de droit privé

Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement
le 8 décembre 2022 par

Maxime CORMIER

Sous la direction de

Monsieur Denis MAZEAUD

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Monsieur Thomas GENICON

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Membres du jury

Monsieur Gaël CHANTEPIE

Professeur à l'Université de Lille

Monsieur Yves-Marie LAITHIER

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

Monsieur Laurent LEVENEUR

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Madame Sophie PELLET

Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, *rapporteur*

*La faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans cette
thèse ; ces opinions doivent être considérées comme
propres à leur auteur.*

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à mes directeurs de thèse, les Professeurs Denis Mazeaud et Thomas Genicon. Mener à bien cette aventure doctorale sans leur écoute, leur disponibilité et leurs conseils aurait été impossible.

Pendant mes années de thèse, j'ai également eu le bonheur de faire diverses rencontres et activités qui ont enrichi mes recherches et rendu plus doux le travail entrepris. Il me faut adresser des remerciements :

- à l'étranger, à la Chaire Jean-Louis Baudouin de l'Université de Montréal qui m'a accueilli pendant quelques mois, tout particulièrement à Benoît Moore et Jérémie Torres-Ceyte pour leur générosité à mon égard ; à tous les membres du groupe de recherche Grotius-Pothier pour nos riches échanges ainsi que nos moments de convivialité à Leiden, Louvain ou encore Paris ; et à la Chaire de droit civil français de l'Université de la Sarre où j'ai pris grand plaisir à enseigner en fin de thèse.*
- en France, à mes camarades aux côtés desquels j'ai toujours eu une grande joie d'enseigner dans les équipes pédagogiques ; aux membres de la Revue de droit d'Assas avec qui j'ai tant aimé collaborer ; et à tous ceux qui ont travaillé – mais pas que – à mes côtés en Salle de droit civil, au Laboratoire de sociologie juridique et, surtout, au Laboratoire de droit civil.*

Des remerciements spéciaux doivent par ailleurs être formulés pour ceux qui ont accepté de relire les pages de ma thèse : Alice, Antoine, Clément, Eloïse, Eva, Gabriel, Grégoire, Guygonne, Jean-Baptiste, Jeanne, Julie, Mathilde, Mélodie et Nathan. Leurs précieuses remarques, en cours comme en fin de thèse, ont été d'une aide incommensurable.

Enfin, pour leur soutien indéfectible pendant toutes ces années, je voudrais dire merci à mes amis ainsi qu'aux membres de ma famille, tout particulièrement à ma mère, pour sa présence et sa gentillesse manifestement disproportionnée.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AC</i>	<i>Law Reports, Appeal Cases</i>
<i>AJ Fam.</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
<i>AJ Contrat</i>	<i>Actualité juridique Contrat</i>
al.	alinéa
<i>ALI Proceedings</i>	<i>American Law Institute Proceedings</i>
<i>All ER</i>	<i>All England Law Reports</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
CA	Cour d'appel
<i>Calif. L. Rev</i>	<i>California Law Review</i>
Cass.	Cour de cassation
Cass. bel.	Cour de cassation de Belgique
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CE	Conseil d'État
<i>Ch.</i>	<i>Law Reports, Chancery Division</i>
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ. 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e	Chambres civiles de la Cour de cassation
coll.	collection
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Constr.-Urban.</i>	<i>Construction Urbanisme</i>
C. pr. civ.	Code de procédure civile
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DCFR	Draft Common Frame of Reference
(dir.)	Sous la direction de
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Duke L.J.</i>	<i>Duke Law Journal</i>
éd.	Edition
<i>ERPL</i>	<i>European Review of Private Law</i>
<i>Eur. J. L. Reform</i>	<i>European Journal of Law Reform</i>
<i>Fordham L. Rev.</i>	<i>Fordham Law Review</i>
<i>GAJC</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>J. Legal Stud.</i>	<i>Journal of Legal Studies</i>
<i>J. T.</i>	<i>Journal des tribunaux</i>
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur Périodique (Semaine juridique)</i>
<i>Legal Stud.</i>	<i>Legal Studies</i>

LPA	<i>Les petites affiches</i>
Mich. LR	<i>Michigan Law Review</i>
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	page(s)
Pas.	<i>Pasicrisie belge</i>
PDEC	Principes de droit européen des contrats
PECL	Principles of European Contract Law
préc.	précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCA	<i>Responsabilité civile et Assurances</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>Rép. dr. civil</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. dr. sociétés</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit des sociétés</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RJTUM	<i>Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal</i>
<i>R. J. Q.</i>	<i>Recueil de Jurisprudence du Québec</i>
RLDC	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>Rev. dr. Assas</i>	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>R. du B.</i>	<i>Revue du Barreau</i>
<i>Rev. Gén.</i>	<i>Revue générale</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
s.	et suivant(e)s
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
t.	tome
<i>Tex. L. Rev.</i>	<i>Texas Law Review</i>
trad.	traduction
<i>UCLA L. Rev</i>	<i>UCLA Law Review</i>
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>U. Colo. L. Rev.</i>	<i>University of Colorado Law Review</i>
v.	<i>voir.</i>
v ^o , v ^{is}	<i>verbo, verbis</i>
vol.	volume
WLR	<i>Weekly Law Reports</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
ZPO	Zivilprozessordnung

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DE L'EXCEPTION

Titre premier - Un outil : le contrôle de la disproportion manifeste

Chapitre 1. L'identification du contrôle

Chapitre 2. La pertinence du contrôle

Titre second – Une finalité : éviter l'inefficacité économique de l'exécution forcée

Chapitre 1. La démonstration de la finalité économique du contrôle

Chapitre 2. La réfutation de la finalité morale du contrôle

SECONDE PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXCEPTION

Titre premier – L'approche statique de la caractérisation de la disproportion manifeste

Chapitre 1. Les termes du rapport de proportionnalité

Chapitre 2. Le rapport de proportionnalité en lui-même

Titre second – L'approche dynamique de la caractérisation de la disproportion manifeste

Chapitre 1. La perturbation du contrôle

Chapitre 2. La protection du contrôle

*« Le monde ne vaut que par les extrêmes et ne dure que par les moyens.
Il ne vaut que par les ultras et ne dure que par les modérés. »*

P. Valéry, *Cahiers B*, 1910.

INTRODUCTION GENERALE

1. La littérature ne tarit pas d'exemples d'attitudes excessives traduisant, chez ceux qui les adoptent, des traits peu estimables. Jean de la Fontaine fustige ainsi celui qui fait preuve de démesure pour sanctionner un mal bénin :

« Un Sot par une Puce eut l'épaule mordue.
Dans les plis de ses draps elle alla se loger.
"Hercule, ce dit-il, tu devais bien purger
La terre de cette Hydre au printemps revenue.
Que fais-tu, Jupiter, que du haut de la nue
Tu n'en perdes la race afin de me venger ?"
Pour tuer une Puce il voulait obliger
Ces Dieux à lui prêter leur foudre et leur massue »¹.

La morale suggérée par le fabuliste est-elle pour autant universelle ? L'excès ne peut-il pas, à l'occasion, être louable ou du moins tolérable ? Pour qui entreprend de parcourir la matière contractuelle à la veille de la réforme du droit des contrats, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016² elle-même ratifiée par une loi du 10 avril 2018³, il est un domaine qui passerait pour rétif à l'idée de modération : l'exécution forcée du contrat. Sommairement⁴, cette dernière s'entend comme « l'ordre par lequel le juge condamne le débiteur récalcitrant à l'accomplissement de l'obligation »⁵. Il s'agit de répondre à l'inexécution du contrat par une mesure visant à ce que le débiteur exécute en nature l'engagement souscrit. C'est par exemple le débiteur d'une obligation monétaire qui est contraint de verser au créancier le prix convenu dans le contrat⁶. C'est encore le débiteur d'une interdiction de construire l'extension d'un immeuble présentant certaines caractéristiques, selon le cahier des charges

¹ J. de la Fontaine, « L'homme et la puce », in *Fables de la Fontaine* (extraits).

² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve.

³ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

⁴ Pour une identification plus précise de la notion, v. *infra* n° 11.

⁵ Y.-M. Laithier, *V°* « Exécutions forcées par équivalent et en nature », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

⁶ V. par ex. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n° 00-22.202.

d'un lotissement, qui doit détruire une construction violant ledit cahier⁷. C'est enfin le débiteur qui est forcé de livrer un meuble correspondant au contrat de vente en vertu de l'obligation de délivrance conforme qui pèse sur le vendeur⁸. Or jusqu'à la récente réforme de la matière, cette sanction de l'inexécution du contrat connaissait une primauté se doublant d'un certain absolutisme. Ces deux aspects de l'exécution forcée méritent d'être précisés.

2. À la veille de la réforme du droit des contrats, il existait une primauté de l'exécution forcée en tant que sanction de l'inexécution du contrat. Cette primauté pouvait surprendre car la lettre du Code civil de 1804, restée inchangée sur ce point jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, y semblait hostile. En effet, l'ancien article 1142 du Code civil, en ce qu'il prévoyait que « [t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », laissait à penser qu'il n'existait pas de droit à l'exécution forcée dans l'ancien droit des contrats. Toutefois, une telle analyse négligerait le fait qu'auteurs et juges avaient entrepris une réécriture implicite du précédent texte. L'opération eu deux résultats : rapprocher la disposition de l'ancien article 1184 du Code civil, lequel disposait que le créancier victime de l'inexécution « 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 », et cantonner l'ancien article 1142 du Code civil aux seules obligations à caractère personnel, c'est-à-dire celles dont l'exécution met en jeu la liberté individuelle du débiteur⁹. Comme cela a pu être relevé, « [l]e point est bien acquis : la jurisprudence a progressivement mis entre parenthèses les termes de l'[ancien] article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe »¹⁰. Il en ressortait que l'exécution forcée pouvait, à titre général, être demandée par le créancier sans que le juge ne puisse porter un jugement sur l'opportunité de la sanction, notamment en demandant au créancier qu'il démontre l'existence d'un préjudice¹¹. Le droit à l'exécution forcée cédait seulement si la sanction de l'inexécution était impossible, que cette

⁷ V. par ex. Civ. 3^e, 17 décembre 2020, n° 19-23.520.

⁸ V. par ex. Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1987, n° 85-12.046.

⁹ V. *infra* n° 243.

¹⁰ J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in J. Mestre (dir.), *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, rééd. *Revue de droit Henri Capitant*, 2012, n° 3.

¹¹ V. par ex. Civ. 3^e, 6 mai 1980, n° 78-16.390 ; Civ. 3^e, 21 juin 2000, n° 98-21.129 ; Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, n° 05-10.937.

impossibilité soit matérielle, juridique ou morale¹². Pour justifier cette réécriture, une valeur cardinale de la matière contractuelle était convoquée : la force obligatoire du contrat¹³. En effet, n'est-ce pas simplement assurer le respect de la convention que de donner au créancier la faculté de forcer le débiteur à réaliser la prestation convenue ?

3. Les recueils de jurisprudence comptent par ailleurs des témoignages du caractère absolu de la sanction *in specie*, les juges faisant une application scrupuleuse du droit à l'exécution forcée et se contentant de vérifier la possibilité de la mesure sollicitée. Certaines des décisions rendues en ce sens illustrent que les juges étaient disposés à accorder une exécution forcée alors même qu'elle pouvait passer pour excessive aux yeux du *quidam*¹⁴. À titre d'illustration, dans un arrêt du 11 mai 2005 relatif à un contrat de construction d'une maison individuelle¹⁵, la Cour de cassation avait considéré que le maître d'ouvrage pouvait forcer le constructeur à détruire puis reconstruire la maison en raison d'un défaut d'altimétrie de seulement 33 centimètres, lequel défaut ne rendait pas l'immeuble impropre à son usage. Dans cette affaire, les frais engagés par le constructeur-débiteur afin de corriger l'inexécution paraissaient être sans commune mesure avec ce que la sanction apportait *in fine* au maître d'ouvrage-créancier¹⁶.

4. **L'exécution forcée dans la réforme du droit des contrats : l'article 1221 du Code civil.**- Il ne faisait pas de doute que la réforme du droit des contrats allait être l'occasion de remettre sur le métier les textes relatifs à l'exécution forcée. Si cette réforme, dont il n'est plus nécessaire de relater la genèse¹⁷, avait pour ambition de procéder à un *aggiornamento* des dispositions consacrées à la matière contractuelle, l'une des missions les plus ambitieuses à accomplir était indéniablement celle de la rénovation des règles consacrées à l'inexécution du contrat. En effet, nombreux étaient les écrits qui mettaient

¹² Sur l'exception tirée de l'impossibilité de l'exécution forcée, v. *infra* n° 240 et s.

¹³ Sur l'assimilation entre l'exécution forcée et la force obligatoire du contrat, v. *infra* n° 220 et s.

¹⁴ Pour divers exemples de cet absolutisme, v. *infra* n° 223 et s.

¹⁵ Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RDI* 2005, p. 299, obs. Ph. Malinvaud ; *RDI* 2006, p. 307, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, 187, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006/2, p. 323, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2005, I, 10152, note S. Bernheim-Desvaux.

¹⁶ Le défaut d'altimétrie ne saurait toutefois être vu de manière générale comme peu significatif : dans certaines circonstances, ce défaut, aussi minime soit-il, peut engendrer des atteintes importantes à la construction. Sur le fait que de nombreuses règles en matière de construction sont porteuses d'un intérêt substantiel pour le créancier même en cas de violation minimale, v. *infra* n° 536.

¹⁷ Sur laquelle, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 57 et s., p. 39 et s.

plus ou moins directement en lumière les défauts des textes du Code civil à ce sujet. Dans une étude remarquable¹⁸, Tallon regrettait la « présentation éclatée »¹⁹ des sanctions de l'inexécution dans le Code civil qui rendait le terrain des sanctions de l'inexécution peu praticable et qui était de nature à engendrer des incohérences substantielles entre elles. Plus généralement, les nombreuses études consacrées à l'ensemble des sanctions²⁰, à certaines d'entre elles²¹, ou encore aux mouvements qui les traversent²², sont autant de témoignages en creux du décalage qui existait entre la lettre du Code civil et les règles appliquées par les juges. Avant la réforme, nombreuses étaient les règles applicables aux sanctions de l'inexécution qui ressortaient davantage des recueils de jurisprudence que de la lettre du Code civil. Le *Rapport au Président de la République* accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas manqué de le relever : « le régime de l'inexécution contractuelle constitue assurément l'une des carences du Code civil, dont les règles en la matière sont

¹⁸ D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

¹⁹ *Ibid.*, n° 13.

²⁰ Pour s'en tenir aux thèses de doctorat : v. not. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt ; P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Thèse Paris I, 2000.

²¹ Pour s'en tenir aux thèses de doctorat : sur l'exception d'inexécution, v. not. R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non aimpleti contractus) et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, L. Tenin, 1914 ; J.-F. Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, 1971, préf. J. Raynaud ; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin ; sur l'exécution forcée, v. not. E. Massin, *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, A. Durand et G. Pedone-Lauriel, 1893 ; J. Genicon, *De la règle Nemo praecise potest cogi ad factum*, Y. Cadoret, 1910 ; V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution forcée*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre ; J. Coulet, *L'exécution forcée en nature*, Paris II, 2007 ; G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, LGDJ, 2018, préf. N. Damas et L. Perreau-Saussine ; sur la résolution, v. not. Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze ; C. Rigalle-Dumetz, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, préf. C. Jamin ; Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur ; sur la réduction du prix, v. not. K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, LGDJ, 2006, préf. Y. Picod ; sur la responsabilité contractuelle, v. not. J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris II, 1978 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas. M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Rémy ; A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, préf. P.-Y. Gautier ; E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016, préf. E. Loquin ; M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, préf. Y. Lequette ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir - Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, LGDJ, 2021, préf. B. Fauvarque-Cosson.

²² Pour s'en tenir aux thèses de doctorat, v. not. sur le mouvement de privatisation des sanctions de l'inexécution C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré ; M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, *Economica*, 2013, préf. D. Mazeaud.

éparses et incomplètes »²³. Il était difficile pour l'exécution forcée d'échapper à la critique : outre le fait qu'elle se trouvait envisagée dans divers textes, la jurisprudence s'était très largement émancipée des règles prescrites par certains d'entre eux.

5. La réforme du droit des contrats a-t-elle permis de rompre avec cet état antérieur pour le moins insatisfaisant ? L'exécution forcée du contrat est désormais envisagée en un seul article²⁴, l'article 1221 du Code civil, intégré dans une sous-section intitulée « L'exécution forcée en nature » comptant un second texte consacré à l'exécution forcée indirecte, c'est-à-dire réalisée par un tiers²⁵. Cette sous-section se trouve elle-même au sein d'une section portant sur « L'inexécution du contrat ». L'objectif de réorganisation des règles relatives aux sanctions de l'inexécution du contrat semble donc être atteint²⁶. *Quid* de l'objectif de remédier au décalage entre les règles gravées dans le marbre du Code civil et les solutions appliquées par les juges ? À l'analyse, la réforme ne vient pas seulement consolider les règles prétoriennes. L'article 1221 du Code civil dispose que « [l]e créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Il est deux aspects du texte qui ne présentent pas une grande originalité : le droit d'option conféré au créancier qui peut donc obtenir l'exécution forcée du contrat inexécuté *et* la limite tirée de

²³ *Rapport au Président de la République*, ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p. 29 (nous soulignons). V. déjà la loi d'habilitation précédant la réforme qui posait pour objectif de « [r]egrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat (...) » (Loi n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 8, 8°).

²⁴ Si l'article 1341 du Code civil dispose que « [l]e créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi », le texte qui relève du régime général des obligations n'est pas de nature à créer une confusion avec l'article 1221 du Code civil en matière contractuelle car il opère un renvoi implicite à celui-ci (en ce sens, v. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, p. 800).

²⁵ Sur laquelle, notamment lorsque l'exécution forcée est rejetée en raison de la disproportion manifeste de son coût, v. *infra* n° 904 et s.

²⁶ Deux regrets doivent toutefois être formulés : d'une part, la question de la responsabilité contractuelle a été délaissée par les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 pour être traitée à l'occasion de la future réforme de la responsabilité civile, ce qui n'est pas sans engendrer des risques d'incohérences entre les textes issus de la réforme et ceux qui sont restés inchangés (sur la question, v. *infra* n° 870 et s.) ; d'autre part, les textes propres à certains contrats n'ont pas non plus fait l'objet d'une réforme, ce qui complique l'usage de la méthode légale d'articulation entre les textes du droit commun et ceux particuliers à certains contrats (sur la question, v. *infra* n° 736 et s.). Il faut espérer que les réformes annoncées de la responsabilité civile et du droit des contrats spéciaux interviendront rapidement pour faire disparaître ces écueils. *Adde*, pour une critique plus radicale du traitement de la question de l'inexécution du contrat dans la réforme, R. Libchaber, *Le contrat au XXI^e siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020, n° 104 et s., p. 178 et s.

l'impossibilité de la sanction *in specie*. Un troisième aspect est autrement plus innovant puisque l'article 1221 du Code civil admet une nouvelle limite au droit à l'exécution forcée : la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt du créancier pour cette sanction.

6. L'objet de l'innovation est explicité par le *Rapport au Président de la République* accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016²⁷. La nouvelle limite au droit à l'exécution forcée « vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit »²⁸. La cause de la nouvelle limite semble ainsi devoir être trouvée dans les applications scrupuleuses du droit à l'exécution forcée et donc dans ces décisions qui illustraient l'absolutisme de la sanction.

7. Il convient de noter que les contours de la nouvelle limite ont été définitivement fixés par la loi de ratification du 20 avril 2018. Avant elle, diverses voies avaient été explorées afin de confier au juge un pouvoir d'appréciation sur l'exécution forcée demandée par le créancier. Il importe de les relever car certaines des réflexions menées à leurs sujets gardent toute leur pertinence pour l'étude de la version définitive du contrôle judiciaire. Tout d'abord, dans les avant-projets doctrinaux, force est d'admettre que la volonté de lutter contre les excès du droit à l'exécution forcée n'était guère partagée : alors que l'avant-projet Catala n'évoquait pas le sujet et laissait donc à penser qu'il n'entendait pas confier au juge un contrôle en la matière²⁹, l'avant-projet Terré acceptait de le faire puisqu'il permettait au créancier de demander l'exécution forcée « chaque fois qu'elle est possible et que son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire »³⁰. Ensuite, les avant-projets préparés par la Chancellerie ont suivi le chemin ouvert par l'avant-projet Terré. L'avant-projet de 2008, qui maintenait

²⁷ Sur celui-ci, v. *infra* n° 29 et s.

²⁸ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 31.

²⁹ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, art. 1152 à 1156-2.

³⁰ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, art. 105. Le commentaire de la disposition ne fait toutefois pas allusion aux limites au droit à l'exécution forcée posées par le texte.

en matière d'exécution forcée la distinction entre les obligations de faire (art. 162) et de ne pas faire (art. 163), prévoyait pour les premières que le créancier « peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable »³¹. Concernant les secondes, il n'était en revanche rien dit d'une limite tenant au coût de l'exécution forcée, ce qui était justement apparu comme surprenant³². L'avant-projet de 2013 ne faisait plus la distinction selon l'objet de l'obligation et retenait en son article 129 que « [l]e créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ». Deux années plus tard, en 2015, le projet d'ordonnance soumis à la consultation publique reprenait une formulation identique et donnait au texte sa numérotation définitive. La réforme du droit des contrats semblant toucher à son but, l'attention doctrinale pour les dispositions particulières s'était accentuée et la disposition n'a pas manqué d'être discutée³³. Enfin, l'article 1221 du Code civil dans sa version finale a fait droit aux critiques exprimées contre sa formulation dans le projet d'ordonnance, jugée par nombre d'auteurs comme donnant un pouvoir trop important au juge en matière d'exécution forcée et laissant potentiellement la voie ouverte aux fautes lucratives du débiteur. Il faut toutefois préciser que l'intégration de ces modifications ne s'est pas faite en un trait de temps. D'une part, l'ordonnance du 10 février 2016 a modifié la mission du juge : il ne s'agit plus pour lui de vérifier si le « coût [de la sanction] est manifestement déraisonnable », mais bien plutôt de déterminer « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». D'autre part, la loi de ratification du 20 avril 2018 a précisé que seul le débiteur de bonne foi pouvait se prévaloir de la nouvelle limite³⁴, la modification étant interprétative et donc rétroactive.

8. Objet de la thèse : commentaire théorique et pratique de la nouvelle limite à l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil.- Devant un changement

³¹ Sur la disposition, v. not. Ph. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC* 2005/1, p. 333, spéc. n° 7 et s. L'article 137 de l'avant-projet diffusé – confidentiellement – en 2009 reprenait exactement cette formulation.

³² *Ibid.*, spéc. n° 9.

³³ V. not. Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 63 ; O. Tournafond, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 26 ; D. Mainguy, « L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 44.

³⁴ Sur l'objet de cette précision, v. *infra* n° 826 et s.

d'ordre normatif, diverses attitudes peuvent être adoptées. Pour Ripert, « [t]out juriste est un conservateur »³⁵ et est donc naturellement réticent à l'idée d'accueillir l'évolution de la règle de droit ; il préfère plutôt *conserver* la règle préexistante ayant fait ses preuves. Cette posture ne suppose pas nécessairement l'inertie face à la règle nouvelle. L'indifférence à l'innovation serait synonyme de mise au ban pour le juriste, tant la période contemporaine se caractérise par de nombreux changements en droit³⁶, notamment engendrés par cette inflation du droit diagnostiquée par Carbonnier³⁷. Au contraire, il importe de concentrer l'attention sur l'innovation, sur le changement normatif, afin d'en mesurer l'exacte portée et d'assurer sa bonne intégration dans le système juridique. Pour cette raison, la présente thèse se concentrera sur l'innovation portée par l'article 1221 du Code civil, à savoir *la nouvelle limite à l'exécution forcée reposant sur la disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier*. Cela ne signifie pas que les deux autres aspects du texte – la primauté de l'exécution forcée et son impossibilité – seront négligés : dans l'entreprise d'identification de la nouvelle limite à l'exécution forcée, il serait pour le moins délicat de faire l'impasse sur le principe qu'elle vient tempérer et sur l'autre limite avec laquelle des échanges et articulations peuvent intervenir. Néanmoins, de manière générale, c'est dans la perspective de la compréhension de la nouvelle limite à l'exécution forcée que la recherche sera menée.

9. Une autre précision, intéressant à la fois l'objet et la méthode de la thèse, doit être faite au sujet de la démarche suivie dans le présent travail : celui-ci entend fournir un *commentaire théorique et pratique* de la nouvelle limite à l'exécution forcée. Autrement dit, il s'agit de procéder à un commentaire partiel de l'article 1221 du Code civil visant à envisager ses enjeux théoriques et pratiques. Dans un premier mouvement, la démarche pourrait passer comme inappropriée pour une thèse. En ce qu'il tend à l'explication d'une règle, l'exercice du commentaire s'éloignerait de celui de thèse qui vise plutôt la démonstration d'une idée ; le commentaire présenterait une ambition moindre. L'opposition est sans doute exagérée. D'abord, il est commun que l'explication d'une règle soit précédée par la démonstration d'une idée si la lettre du texte à élucider ne se distingue

³⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, n° 3, p. 8.

³⁶ V. le numéro spécial sur « Le changement du droit » de la *Rev. dr. Assas* 2015, n° 10.

³⁷ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1995, p. 107 et s. Le phénomène serait désormais doublé par celui de la densification normative, laquelle procède davantage d'une approche qualitative (v. C. Thibierge (dir.), *La densification normative*, Mare & Martin, 2013).

pas par sa clarté et offre ainsi diverses interprétations. Ensuite, et surtout, il suffit de consulter les précédents de commentaires, dans le passé – pour commenter le Code civil dans son ensemble³⁸ – ou plus récemment – pour commenter les dispositions issues de la réforme du droit des contrats³⁹, afin de se persuader de la richesse de la démarche⁴⁰. A l’instar de l’analyse exégétique⁴¹, le commentaire n’appauvrit pas la réflexion et, en tout état de cause, il n’empêche pas de prendre une certaine hauteur de vue théorique pour dépasser, le cas échéant, le cadre du texte commenté. Plus fondamentalement encore, il est même possible de se demander si la démarche du commentaire ne s’impose pas, dans une certaine mesure au moins, afin d’analyser une règle issue de la réforme du droit des contrats car le commentaire a cette particularité d’axer le travail d’analyse sur le texte. Or il s’agit sans doute d’une véritable vertu pour qui a un souci pratique : puisque le juge partira du texte pour *appliquer la règle*, ne faut-il pas en faire de même pour *étudier la règle* ? Trop se libérer du texte, dans un premier temps, c’est exposer les solutions dégagées à un risque encore plus important de démenti judiciaire. Pour le dire trivialement, en matière contractuelle, le retour sur le devant de la scène du Code civil doit trouver un écho dans la méthode suivie pour analyser les règles du droit des contrats⁴².

10. En somme, l’objet du présent travail de thèse est de proposer un commentaire théorique et pratique de la nouvelle limite au droit à l’exécution forcée évoquée à l’article 1221 du Code civil. Le but de la réflexion étant identifié, il convient désormais de fixer le cadre de l’analyse et de préciser quelque peu les éléments qui permettront de la mener.

³⁸ V. not. T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1892-1903 ; C.-B. Toullier, *Le droit civil français, suivant l’ordre du Code civil*, 1811-1818 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1825-1837 ; J.-J.-F. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 1844-1882.

³⁹ V. not. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., Dalloz, 2018 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.* ; T. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats*, 2^e éd., Gualino, 2018 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016.

⁴⁰ V. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n^o 2 et s., p. 3 et s.

⁴¹ Sur laquelle, v. *infra* n^o 37 et s.

⁴² Le même mouvement pourrait intervenir pour *enseigner* le droit des contrats : v. J. Knetsch, « Comment enseigner le droit des obligations après la refonte du titre III du livre III du Code civil ? », in *Mélanges en l’honneur de Pascal Ancel*, Larcier-LexisNexis, 2021, p. 261.

11. Notion d'exécution forcée au sens de l'article 1221 du Code civil.- La définition précédemment admise de l'exécution forcée mérite d'être précisée pour la suite de l'analyse. Se tourner vers le Code civil – avant comme après la réforme du droit des contrats – ou les recueils de jurisprudence s'avère inutile pour trouver une définition de l'exécution forcée⁴³. La difficulté doit être surmontée car pour envisager la disproportion manifeste de l'exécution forcée, encore faut-il identifier ce qu'est l'exécution forcée. Dans la quête d'une définition précise de la notion, la recherche doit être orientée puisque la présente étude porte sur la disproportion manifeste de l'exécution forcée *de l'article 1221 du Code civil*. Dans cette perspective, l'exécution forcée peut être entendue comme *la sanction judiciaire prononcée à la suite de l'inexécution d'une obligation contractuelle qui consiste à forcer le débiteur à effectuer une prestation en nature permettant de satisfaire le créancier*⁴⁴. Cette définition procède de diverses exclusions.

12. En premier lieu, il ressort de la définition retenue qu'il ne sera pas ici question de l'exécution forcée entendue comme la mise en œuvre d'une décision de justice ou, plus généralement, d'un titre exécutoire. Cette approche de la notion d'exécution forcée relève des procédures civiles d'exécution⁴⁵, alors que la présente thèse se veut un commentaire d'une disposition relevant du droit substantiel. La différence entre les deux approches repose sur le rôle joué par le débiteur dans la réalisation du droit : alors que l'exécution forcée en tant que voie d'exécution requiert la passivité du débiteur, l'exécution forcée relevant du droit substantiel recherche justement le concours actif du débiteur qui devra lui-même effectuer la prestation convenue⁴⁶. L'opposition est importante et permet d'opter pour un seul cadre d'analyse, le substantiel. Toutefois, elle n'empêche pas tout dialogue car il y a dans toutes les formes d'exécution « une unité dans le résultat à atteindre, la satisfaction que l'on est en droit d'attendre du contrat, du jugement, de la règle, autrement dit à *faire droit* »⁴⁷. Cette relative communauté laisse à penser que les deux formes

⁴³ V. Forti, V° « Exécution forcée », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016, n° 1.

⁴⁴ Comp. G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, *op. cit.* n° 3, p. 6 : « il s'agit d'une sanction de l'inexécution d'une obligation consistant à procurer au créancier la prestation prévue en dépit de la résistance du débiteur, voire du créancier lui-même » (l'auteur souligne).

⁴⁵ Sur l'exécution forcée dans les procédures civiles d'exécution, v. not. J.-J. Ansault, *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019 ; N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, 3^e éd., LGDJ, 2019, n° 254 et s., p. 141 et s.

⁴⁶ En ce sens, v. not. Y.-M. Laithier, V° « Exécutions forcées par équivalent et en nature », préc. Adde Ph. Théry, « L'exécution forcée », in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 235.

⁴⁷ Ph. Théry, V° « Exécution », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, spéc. p. 680.

d'exécution forcée peuvent ponctuellement être confrontées à des problématiques présentant des logiques similaires et, le cas échéant, qu'elles peuvent offrir des réponses potentiellement rapprochées. Ainsi, pour qui cherche dans le régime de l'exécution forcée des voies d'exécution un écho à la limite tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil, il est notamment possible de se tourner vers les articles L. 111-7 et L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution permettant de contester les mesures d'exécution choisies par le créancier qui seraient abusives ou inutiles⁴⁸.

13. En second lieu, la définition retenue de l'exécution forcée évoque l'inexécution d'une *obligation contractuelle* et exclut donc du champ de l'étude l'inexécution d'une obligation extracontractuelle. Le choix ainsi opéré ne signifie pas que l'hypothèse de l'exécution forcée d'une obligation extracontractuelle n'est pas envisageable⁴⁹. Simplement, au-delà de la rareté de cette hypothèse, il faut garder à l'esprit que la définition de l'exécution forcée ici élaborée l'est dans la perspective du commentaire de l'article 1221 du Code civil. Or, puisque ce texte est inséré dans une partie du Code civil consacrée au contrat en général, et à l'inexécution du contrat en particulier, il est nécessaire de retenir comme champ d'étude la seule matière contractuelle. Cette restriction appelle deux précisions complémentaires.

14. Tout d'abord, il faut se poser la question de l'exclusion du champ de l'étude de certaines obligations contractuelles. La remarque n'invite pas à évoquer la distinction des obligations de faire, de ne pas faire, de donner ou de *praestare* partiellement mentionnée à l'ancien article 1126 du Code civil⁵⁰. Certes, la classification était mobilisée à l'ancien article 1142 du Code civil relatif à l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire. Néanmoins, elle a été abandonnée de manière générale par la réforme du

⁴⁸ Sur ces dispositions, v. not. N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, *op. cit.*, n° 792 et s., p. 442 et s. Adde J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439, spéc. n° 34 et s., p. 454 et s. ; J.-J. Ansault, « L'abus du droit de recouvrer sa créance... 30 ans après », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 33.

⁴⁹ V. G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, *op. cit.*, n° 6-3, p. 30 et s.

⁵⁰ Sur la distinction, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 346 et s., p. 391 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, Le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021, n° 43 et s., p. 36 et s.

droit des contrats⁵¹, et elle ne jouait plus un rôle déterminant dans le traitement de la demande en exécution forcée formulée par le créancier⁵². Si une distinction doit être évoquée, c'est celle qui existe entre les obligations de somme d'argent et les obligations qui n'ont pas un tel objet⁵³. De la même manière que l'exécution forcée d'une obligation de somme d'argent *est toujours possible*⁵⁴, l'exécution forcée d'une obligation de somme d'argent *ne peut jamais être manifestement disproportionnée*. En effet, dans cette perspective, l'intérêt du créancier correspond systématiquement et *a minima* à la somme que le débiteur doit lui verser, alors que le coût pour le débiteur équivaut nécessairement à cette somme⁵⁵. La position inverse a récemment été soutenue en invitant à prendre en considération la situation patrimoniale du débiteur pour apprécier le coût auquel il s'expose⁵⁶. Toutefois, il semble s'agir ici d'une lecture erronée, et non pas « libre »⁵⁷ ni même « très audacieuse »⁵⁸, de l'article 1221 du Code civil. En effet, s'il faut procéder à l'interprétation exégétique du texte, il ne saurait être question de se désintéresser des éléments qui ont présidé à son élaboration⁵⁹. Or ces derniers sont concordants : c'est le coût de l'exécution forcée d'une obligation autre que de payer une somme d'argent qui constitue une problématique qu'il s'agit d'envisager dans le régime de l'exécution forcée. Le propos ne signifie pas que les conséquences potentiellement néfastes de l'exécution forcée d'une obligation de somme d'argent ne présentent pas d'intérêt pour le système juridique.

⁵¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 348, p. 392 et s. Regrettant cette disparition, v. not. L.-F. Pignarre, « Obligation de ne pas faire : quelle sanction au lendemain de la réforme ? », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 680. Pour une redéfinition de l'obligation de donner, laquelle aurait survécu à la réforme, v. F. Danos, « Obligation de donner, de livrer et de délivrer », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 143.

⁵² C'est la distinction entre les obligations présentant un caractère personnel et celles ne présentant pas un tel caractère qui était déterminante dans la mise en œuvre de l'ancien article 1142 du Code civil. V. *infra* n° 243 et s.

⁵³ Sur cette distinction, v. en général L.-F. Pignarre, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé - Essai de théorisation à partir d'une distinction*, LGDJ, 2010, préf. J.-P. Tosi.

⁵⁴ V. not. V. Forti, V° « Exécution forcée en nature », préc., n° 44.

⁵⁵ Au demeurant, il semble pour le moins difficile de concevoir un débiteur qui commet une inexécution de bonne foi d'une obligation de payer une somme d'argent, condition d'application du contrôle de l'exécution forcée, puisque la bonne foi devrait s'entendre ici comme l'inexécution non-intentionnelle de l'obligation (v. *infra* n° 826 et s.).

⁵⁶ C. Jamin, « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du code civil », *D.* 2020, p. 888.

⁵⁷ *Ibid.* L'auteur s'autorise cette liberté car « les situations exceptionnelles créent de la marge en matière d'interprétation », la situation exceptionnelle envisagée étant la crise sanitaire liée au Covid-19.

⁵⁸ M. Mekki, « Qui ne profite pas de son droit doit tout de même en payer le prix ! L'éviction de la force majeure du créancier », note sous Civ. 1^{re}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, *JCP G* 2020, 1409, spéc. p. 2266.

⁵⁹ V. *infra* n° 37 et s.

Simplement, le traitement de cette problématique relève d'autres matières et mécanismes⁶⁰. En définitive, la présente étude se concentrera exclusivement sur *l'exécution forcée d'une obligation contractuelle autre que de payer une somme d'argent*.

15. Ensuite, le fait que soit en cause l'inexécution d'une obligation contractuelle – et non pas extracontractuelle – conduit à écarter de l'analyse une sanction entretenant une relative proximité avec l'exécution forcée : la cessation de l'illicite⁶¹. Prévues par quelques textes et envisagées par certains comme une sanction générale, la cessation de l'illicite vise à faire disparaître la source de la violation d'une norme juridique par la réalisation d'une mesure *in specie*⁶². Le rapprochement avec l'exécution forcée se comprend car celle-ci entend également remédier à la source de l'illicéité – l'inexécution du contrat – par sa bonne exécution en nature⁶³. Une autre manifestation de la proximité entre les deux sanctions tiendrait à leur caractère obligatoire pour le juge, la cessation de l'illicite comme l'exécution forcée devant être prononcée par le juge dès que la mesure est possible⁶⁴. Toutefois, un rapprochement plus important entre ces sanctions paraît « réducteur »⁶⁵ au regard des différences de fondement et de finalité qui existent entre elles⁶⁶. Il est en effet acquis que la cessation de l'illicite ne relève pas de la matière contractuelle. *De lege lata*, une lecture *a contrario* de l'article 1217 du Code civil énumérant les sanctions de l'inexécution *du contrat* semble acter l'exclusion de la cessation de l'illicite du champ contractuel. *De lege ferenda*, la réforme de la responsabilité en cours d'élaboration semble

⁶⁰ Sur l'exclusion de la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur pour apprécier le coût de l'exécution forcée, v. *infra* n° 568 et s.

⁶¹ Sur laquelle, v. not. C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, préf. R. Bout et Ph. Le Tourneau ; G. Viney, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso, 2009, p. 547. Adde F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, 2014, p. 121.

⁶² V. par ex. art. L. 132-8 C. conso. (cessation de la pratique commerciale trompeuse) et Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, n° 09-67.456 (interdiction de la poursuite de l'exposition de corps humains dans un cadre commercial).

⁶³ Sur ce rapprochement, v. not. F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », préc., p. 121.

⁶⁴ En matière de cessation de l'illicite, l'affirmation est plus discutable car les juges rencontrent des difficultés à distinguer cessation de l'illicite et réparation en nature, alors que la première se désintéresse des conséquences dommageables du fait illicite pour se concentrer sur ce fait, de sorte qu'il existe des hypothèses de cessation de l'illicite pour lesquelles les juges appliquent le régime de la réparation en nature. V. F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », préc., spéc. p. 130.

⁶⁵ C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit.*, n° 4-2, p. 5.

⁶⁶ *Ibid.*, note n° 17.

d'ailleurs officialiser l'affectation de la cessation de l'illicite à la seule matière extracontractuelle⁶⁷.

16. En troisième lieu, il faut constater que la définition retenue de l'exécution forcée exige que ce soit le débiteur qui, *personnellement*, procède à la correction *in specie* de l'inexécution du contrat. Corrélativement, la sanction qui consiste à faire peser sur le débiteur le coût financier de cette correction *par un tiers* ne devrait pas être strictement envisagée comme une exécution forcée. L'assertion peut aujourd'hui sembler malvenue, voire *contra legem*. En effet, s'il existait un débat quant à la nature de cette sanction envisagée par les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil⁶⁸, il semble désormais clos par la réforme du droit des contrats⁶⁹. L'article 1222 du Code civil, issu de cette réforme et relatif au remplacement du débiteur défaillant comme à la destruction de ce qui a été fait en violation du contrat, suit l'article 1221 du même Code et figure également dans la sous-section intitulée « [I]exécution forcée en nature ». La définition retenue de l'exécution forcée n'est donc pas erronée, puisqu'elle a été formulée *dans la perspective de l'article 1221 du Code civil*, lequel a trait à l'exécution forcée directement réalisée par le débiteur de l'obligation contractuelle. Au sens du précédent texte, l'exécution forcée consiste nécessairement à la contrainte du débiteur. Toutefois, il importe de ne pas surestimer la portée de l'exclusion ainsi réalisée ou croire qu'il ne sera pas du tout question ici de l'exécution forcée indirecte. En vérité, l'étude de cette dernière sera nécessaire pour envisager le développement de l'exécution forcée directe, et surtout pour assurer que la conclusion du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée directe ne soit pas remise en cause par le recours à l'exécution forcée indirecte⁷⁰.

17. En quatrième et dernier lieu, il convient d'évoquer succinctement non pas l'exclusion, mais plutôt l'intégration d'une autre sanction au sein de la définition de l'exécution forcée proposée plus tôt : la réparation en nature du préjudice contractuel.

⁶⁷ V. l'article 1266 du Code civil tel qu'issu du Projet de réforme du droit de la responsabilité civile de 2017 et, avant cela, l'article 1232 du Code civil tel qu'issu de l'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile de 2016 (sur ce texte, v. not. C. Bloch, « La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile », *JCP G* 2016, suppl. au n° 30-35, p. 5).

⁶⁸ G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Étude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 167, spéc. n° 27 et s., p. 191 et s.

⁶⁹ En ce sens, v. not. Y.-M. Laithier, *V°* « Exécutions forcées par équivalent et en nature », préc., spéc. p. 578.

⁷⁰ V. *infra* n° 904 et s.

Celle-ci consisterait pour le créancier victime de l'inexécution à demander au juge que le débiteur répare en nature le préjudice subi, cette réparation consistant en des mesures non monétaires, *in specie*, afin de supprimer le dommage contractuel. La proximité notionnelle avec l'exécution forcée du contrat est plus que troublante, à telle enseigne qu'il est possible de soutenir que la réparation en nature du préjudice contractuel n'existe pas ; toute mesure *in specie* prescrite par le juge afin de répondre à l'inexécution du contrat est une forme d'exécution forcée⁷¹. Il s'ensuit qu'il ne saurait être question de mobiliser des éléments relatifs à la prétendue réparation en nature du préjudice contractuel – à commencer par le pouvoir d'appréciation du juge en la matière – pour discuter de la consécration de la nouvelle limite à l'exécution forcée⁷². Au vrai, il convient de regarder comme des anomalies toutes les hypothèses où les juges ont procédé à la réparation en nature du préjudice contractuel en suivant des règles différentes de celles de l'exécution forcée du contrat.

18. Contrats concernés par la limite tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée : l'application dans le temps de l'article 1221 du Code civil.- Malgré la formule ciselée de l'article 2 du Code civil qui prévoit que « [l]a loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif », l'application de la loi dans le temps compte parmi les problèmes les plus aigus du droit⁷³. La difficulté se révèle plus particulièrement dans le cadre des conflits de lois dans le temps⁷⁴, dont la problématique peut être ainsi exposée : « dans quelle mesure la loi ancienne et la loi nouvelle régissent-elles les situations antérieure et postérieure à son entrée en vigueur ? »⁷⁵. Concernant la réforme du droit des contrats, il est possible de relativiser la réalité du problème car nombre de dispositions qui en sont issues se contentent de formuler des règles déjà existantes dans l'ancien droit des contrats⁷⁶. La remarque n'a pas empêché les auteurs d'envisager la question des conflits

⁷¹ Pour une discussion complète de l'inexistence de la réparation en nature en matière contractuelle, v. *infra* n° 872 et s.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Sur la question, v. en général S. Gaudemet, « Fasc. 10, 20 et 30 : Application de la loi dans le temps », in *JurisClasseur Civil Code – art. 2*, 2018 et 2019.

⁷⁴ P. Roubier, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Dalloz-Sirey, 1960, rééd. Dalloz, 2008.

⁷⁵ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 9^e éd., LGDJ, 2022, n° 239, p. 307.

⁷⁶ En ce sens, v. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 31.00, p. 294.

entre l'ancien et le nouveau droit des contrats au moment de l'ordonnance⁷⁷, ou de sa ratification⁷⁸, ne serait-ce que parce qu'il est des hypothèses de discontinuité et donc de conflit entre les droits précités. Le fait que la limite tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée constitue une innovation, une discontinuité, exige que la question de l'application de la loi dans le temps soit ici envisagée plus avant.

19. Pour identifier les contrats concernés par le changement porté par l'article 1221 du Code civil, il faut se tourner vers l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016⁷⁹. Le premier alinéa du texte précise la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance – 1^{er} octobre 2016 –, prévoit l'application directe des règles relatives aux actions interrogatoires en son troisième alinéa, et exclut son application aux instances en cours en son quatrième et dernier alinéa. La question du conflit entre l'ancien et le nouveau droit des contrats est évoquée au deuxième alinéa : « [L]es contrats conclus avant cette date [le 1^{er} octobre 2016] demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ». Le texte consacre le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle selon lequel la validité du contrat ainsi que ses effets passés comme futurs sont régis par la loi en vigueur au moment de la conclusion du contrat⁸⁰. Assez logiquement, il s'agit ici de ne pas contrarier les prévisions des parties en soumettant leur accord à des règles qu'elles ne pouvaient avoir à l'esprit et donc, comme le souligne le *Rapport au Président de la République*, de répondre à « un souci de sécurité juridique »⁸¹. À ce titre, le *Rapport* s'avance sans doute un peu trop car le texte reproduit plus haut correspond à l'article 9 de l'ordonnance de 2016 tel que modifié, de manière rétroactive,

⁷⁷ V. not. A. Bénabent, « La "digestion" de la réforme (entrée en vigueur) », *RDC* 2016/3, p. 608 ; G. Chantepie, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat* 2016, p. 412 ; C. François, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506 ; S. Gaudemet, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, 559 ; D. Mainguy, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », *D.* 2016, p. 1762.

⁷⁸ V. not. S. Gaudemet, « Ratification de la réforme du droit des obligations : le droit transitoire », *RDC* 2018, hors-série, p. 59 ; A. Bénabent, « Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 1024 ; F. Rouvière, « L'imbroglie de l'application transitoire du droit transitoire », *RTD civ.* 2018, p. 1022 ; C.-M. Péglion-Zika, « Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *RLDC* 2018, juillet-Août, p. 11.

⁷⁹ Pour un commentaire, v. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations*, *op. cit.*, p. 20 et s.

⁸⁰ Sur les interrogations relatives à ce que revêt la « conclusion du contrat » dans le cadre de l'art. 9 de l'ordonnance du 10 février 2016, v. not. *ibid.* p. 25 et s.

⁸¹ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 64.

par la loi de ratification de 2018. Avant cette dernière, le texte indiquait plus succinctement que « [l]es contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne », ce qui laissait planer des doutes sur la réalité de la non-rétroactivité au regard de certaines solutions prétoriennes en matière de droit transitoire⁸². L'apport de la loi de ratification au sujet de l'article 1221 du Code civil est donc essentiel à deux égards : outre le fait qu'elle précise que seul le débiteur de bonne foi peut exciper de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, elle permet de dire que sont concernés par la nouvelle limite *les contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2016*.

20. A suivre strictement le législateur ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, la présente étude présenterait un intérêt seulement pour les contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2016. L'assertion est discutable. En effet, il n'est pas exclu que les juges trouvent dans le nouveau droit des contrats une inspiration pour l'interprétation et, en définitive, l'application de l'ancien droit des contrats⁸³. La démarche peut conduire alternativement à une clarification de l'ancien droit ou à son abandon prenant la forme d'un revirement⁸⁴, ce qui peut *a priori* constituer une menace pour l'objectif de sécurité juridique⁸⁵. La Cour de cassation a déjà manifesté son intention de suivre cette voie pour opérer des revirements dans des litiges concernant des contrats soumis à l'ancien droit des contrats⁸⁶, et aura sans doute l'occasion de réitérer l'opération malgré les remontrances exprimées par les parlementaires à l'occasion de la loi de ratification de l'ordonnance⁸⁷.

⁸² Sur ces doutes, v. not. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n° 46, p. 40 et s.

⁸³ En ce sens, v. not. *ibid.* n° 50 et s., p. 48 et s.

⁸⁴ V. C. François, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *préc.*

⁸⁵ *Contra* D. Mainguy, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », *préc.*

⁸⁶ V. par ex. Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, *JCP G* 2017, 1238, note N. Molfessis ; *D.* 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2017, p. 837, obs. H. Barbier. *Adde*, Ch. Mixte, 24 février 2017, n° 15-20.411, *AJ Contrat* 2017, p. 175, obs. D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. H. Barbier.

⁸⁷ F. Pillet, *Rapport*, Sénat, 1^{re} lecture, n° 22, 11 octobre 2017, p. 24.

21. Le risque d'une application anticipée de l'innovation portée par l'article 1221 du Code civil s'est très récemment concrétisé⁸⁸. Après avoir continué à appliquer l'ancien droit des contrats aux accords qui lui étaient soumis⁸⁹, la Cour de cassation a procédé à une application anticipée du contrôle de l'exécution forcée dans deux arrêts de juillet 2022 portant sur une affaire unique⁹⁰. En l'espèce, il était question de violations du cahier des charges d'un lotissement par deux SCI dont la correction *in specie*, réclamée par un couple habitant le lotissement, nécessitait la démolition d'un immeuble de six logements avec piscine dans l'une des instances et d'un immeuble de sept logements et des garages dans l'autre. Puisqu'il ne résultait pas des inexécutions litigieuses « une situation objectivement préjudiciable mais seulement un ressenti négatif » pour les créanciers, les juges du fond ont retenu dans les deux instances « l'existence d'une disproportion manifeste entre le coût de la démolition pour le débiteur et son intérêt pour les créanciers » avant de considérer « que la demande d'exécution en nature devait être rejetée et que la violation du cahier des charges devait être sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts »⁹¹. Les juges du quai de l'Horloge n'ont rien trouvé à redire au raisonnement des précédents juges, admettant ainsi l'application de la règle portée par l'article 1221 du Code civil même si le texte n'était pas applicable aux litiges examinés.

⁸⁸ Ce risque d'application anticipée de la solution de l'article 1221 du Code civil pouvait être qualifié « d'élevé » au regard des piliers sur lesquels repose *a priori* le contrôle judiciaire de l'exécution forcée : la théorie de l'abus de droit ou le contrôle de proportionnalité. Il s'agit de deux outils – dotés d'un large champ d'action, qui plus est – à la disposition du juge avant la réforme du droit des contrats, de sorte qu'il n'aurait pas été si surprenant que le juge s'en saisisse (en ce sens, concernant le contrôle de proportionnalité, v. not. Y.-M. Laithier, « L'exécution forcée en nature », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson et S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil : Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 271, spéc. p. 287). Il sera vu en quoi la filiation entre le contrôle de l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit est douteuse (v. *infra* n° 432 et s.) et dans quelle mesure ce contrôle n'est pas un simple contrôle de proportionnalité (v. *infra* n° 49 et s.).

⁸⁹ V. par ex. Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-26.906, *RDI* 2018, p. 398, note Ph. Malinvaud. *Adde* Civ. 3^e, 4 mars 2021, n° 19-24.176, *JCP G* 2021, 787, n°5, obs. P. Grosser.

⁹⁰ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, n° 21-16.408 et n° 21-16.407, *D.* 2022, p. 1647, note Th. Genicon ; *Constr.-Urban.* 2022, comm. 110, note C. Sizaine

⁹¹ Selon les pourvois, tels que restitués par la Cour de cassation, les juges du fond auraient également justifié l'exclusion de l'exécution forcée en raison de la liberté d'appréciation dont ils bénéficient en matière de réparation en nature du dommage contractuel (1^{ère} branche du pourvoi principal) mais aussi au regard de l'impossibilité pratique de la démolition puisque plusieurs logements seraient concernés (2^{ème} branche du pourvoi principal). Ces motifs, avancés par les juges du fond, sont erronés : le premier opère une confusion entre le régime de l'exécution forcée et celui de la réparation en nature, illustrant la difficile distinction entre ces deux sanctions de l'inexécution du contrat (sur la question v. *infra* n° 870 et s.) ; le second retient une acception trop large de l'impossibilité matérielle qui est classiquement envisagée de manière absolue (sur la question v. *infra* n° 241). Les confusions opérées par les juges du fond n'ont pas échappé à la Cour de cassation qui estime que l'exclusion de l'exécution forcée pouvait intervenir sur le seul motif de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

22. En définitive, alors que la nouvelle limite au droit à l'exécution forcée devrait seulement concerner les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, la Cour de cassation semble désormais vouloir soumettre à cette limite les contrats antérieurs à cette date. Mécaniquement, l'intérêt de l'analyse de l'article 1221 du Code civil s'en trouve renforcé. Si des divergences pourront *a priori* exister entre le contrôle mis en œuvre sur le fondement de l'article 1221 du Code civil et celui qui ne peut s'appuyer dessus, il est probable que la Cour de cassation veillera à une mise en œuvre unitaire du contrôle de l'exécution forcée. Les deux décisions faisant une application anticipée de la nouvelle limite à la sanction *in specie* seront évidemment envisagées par ailleurs dans la thèse⁹². Dès à présent, toutefois, il faut regretter cette méconnaissance des règles d'application de la loi dans le temps qui menace les prévisions des parties et, en fin de compte, la sécurité juridique.

23. Enjeux pratiques de la nouvelle limite à l'exécution forcée.- La mise en œuvre de la nouvelle limite à l'exécution forcée suscite de nombreuses interrogations d'ordre pratique. Pour les identifier, l'attention doit en premier être portée sur la lettre de l'article 1221 du Code civil. Cette démarche ne permet toutefois pas d'épuiser les questions que se poseront contractants et juges. En d'autres termes, concernant les enjeux pratiques de la nouvelle limite, il y a les dits et les non-dits.

24. La lettre de l'article 1221 du Code civil prévoit que le créancier peut obtenir l'exécution forcée, « sauf (...) s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». La lecture du texte fait apparaître plusieurs séries de questions. Tout d'abord, la disposition invite à rechercher ce qu'il faut entendre par « intérêt [de l'exécution forcée] pour le créancier » et « coût [de l'exécution forcée] pour le débiteur » puisqu'il s'agit des deux éléments que le juge aura à confronter pour déterminer s'il existe une disproportion manifeste de la sanction *in specie*. Or, il est diverses manières d'appréhender l'intérêt ou le coût de l'exécution forcée, de sorte qu'un tri devra être opéré⁹³. Ensuite, il est nécessaire de déterminer à partir de quand une disproportion manifeste entre les deux termes confrontés peut être constatée⁹⁴. Enfin, la loi de ratification du 20 avril 2018 est venue ajouter une ultime question en précisant que seul

⁹² V. par ex. *infra* n° 472 et n° 504.

⁹³ V. *infra* n° 490 et s.

⁹⁴ V. *infra* n° 597 et s.

le débiteur *de bonne foi* peut exciper de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Même si l'exigence de bonne foi passe pour connue, il aurait été pour le moins délicat de faire l'économie de développements afin d'identifier le débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil⁹⁵.

25. Au-delà de la lettre de l'article 1221 du Code civil, l'application de la nouvelle limite à l'exécution forcée est entourée de nombreuses questions d'ordre pratique. Tout d'abord, il s'agit d'envisager la relation qu'entretient la disposition avec les autres règles relevant du droit commun des contrats⁹⁶, mais aussi avec les règles propres à certains contrats spéciaux⁹⁷. Il importe, en effet, d'assurer une certaine cohérence avec les premières et une articulation avec les secondes. Ensuite, il est nécessaire de déterminer si les parties peuvent user de leur liberté contractuelle afin de déroger à la lettre de l'article 1221 du Code civil en excluant ou en aménageant le contrôle de l'exécution forcée⁹⁸. La question est centrale car la stipulation d'une clause pourrait permettre de maîtriser les risques liés à l'inexécution du contrat, mais aussi les incertitudes liées à l'application de la nouvelle limite. Au-delà, la vocation proprement contentieuse et judiciaire de cette limite requiert d'examiner les aspects procéduraux de sa mise en œuvre : outre les questions d'ordre probatoire, il convient de déterminer quels juges appliqueront le contrôle⁹⁹. Enfin, puisque l'inexécution du contrat par le débiteur doit impérativement être sanctionnée, il est primordial d'identifier les sanctions qui restent à la disposition du créancier lorsque sa demande en exécution forcée est rejetée au regard de son caractère manifestement disproportionné¹⁰⁰. Assurément, il existe une tension entre le besoin d'apporter une réponse à l'inexécution du contrat et le nécessaire respect de la conclusion du contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil qui peut aboutir au refus de la sanction *in specie* de l'inexécution.

26. Enjeux théoriques de la nouvelle limite à l'exécution forcée.- Si le changement étudié modifie le traitement de la demande d'exécution forcée en pratique, il a également des *incidences théoriques* qu'il serait malvenu de négliger. Outre le fait que

⁹⁵ V. *infra* n° 826 et s.

⁹⁶ V. *infra* n° 700 et s.

⁹⁷ V. *infra* n° 728 et s.

⁹⁸ V. *infra* n° 769 et s.

⁹⁹ V. *infra* n° 620 et s.

¹⁰⁰ V. *infra* n° 869 et s.

ces incidences permettent de formuler des réponses idoines aux questions d'ordre pratique qui accompagnent le nouveau pouvoir judiciaire, elles présentent un intérêt en elles-mêmes. En effet, il importe notamment de déterminer dans quelle mesure la nouvelle limite à l'exécution forcée s'intègre dans les mouvements qui traversent la matière contractuelle. À ce titre, il est deux aspects de l'innovation portée par l'article 1221 du Code civil qu'il faut envisager dans une perspective théorique : l'immixtion du juge dans le contrat et la finalité de la relativisation du droit à l'exécution forcée.

27. La réforme du droit des contrats a enrichi la mission du juge en matière d'exécution forcée : alors qu'il devait seulement vérifier la possibilité de la sanction, le voilà désormais capable d'apprécier dans une certaine mesure son opportunité. L'immixtion du juge dans le contrat, ainsi consacrée, suscite diverses interrogations. D'abord, le principe même de cette intervention judiciaire mérite une attention particulière au regard de son résultat concret : écarter le droit à l'exécution forcée reconnu par ailleurs au créancier. Or si le créancier dispose d'un tel droit, c'est parce que la sanction *in specie* de l'inexécution est généralement envisagée comme celle assurant avec le plus de vigueur le respect de la force obligatoire du contrat, désormais consacrée à l'article 1103 du Code civil¹⁰¹. Le contrôle effectué par le juge est donc de nature à remettre en cause la volonté des parties qui s'étaient engagées dans la perspective d'une prestation précise. Apprécier l'opportunité de cette nouvelle hypothèse d'immixtion judiciaire est donc inévitable. Même si juge et contrat forment *a priori* un « couple "illégitime" »¹⁰², la réforme du droit des contrats compte un certain nombre de mécanismes qui renforcent la place du juge dans l'engagement des parties¹⁰³. Il convient donc d'identifier le rôle joué par la nouvelle limite à l'exécution forcée dans ce mouvement. Ensuite, les modalités de l'immixtion du juge dans le contrat doivent être examinées. Puisqu'il évoque « la disproportion manifeste » de l'exécution forcée, l'article 1221 du Code civil semble devoir être rattaché au développement contemporain de l'idée de proportionnalité et, en fin de compte, au contrôle éponyme. En de nombreuses matières, le juge est amené à mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité, nécessitant la confrontation de termes antagonistes. Est-ce à dire, pour

¹⁰¹ V. *infra* n° 220 et s.

¹⁰² D. Mazeaud, « Le juge et le contrat. Variations sur un couple "illégitime" », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235.

¹⁰³ V. L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, hors-série, p. 14. Adde la table ronde « L'office du juge et le contrat », *RDC* 2022/2, p. 160 et s.

autant, qu'il existe une communauté plus poussée entre les occurrences de contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité ? Faut-il, au contraire, remarquer une diversité dans le raisonnement judiciaire adopté à l'occasion de ce genre de contrôle ? Il n'est pas exclu de constater l'autonomie du contrôle de l'exécution forcée par rapport à d'autres contrôles déployés en matière contractuelle, mais aussi au-delà de cette matière¹⁰⁴. Ce faisant, les remarques et critiques faites à l'endroit de certains contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité pourraient ne pas trouver à s'appliquer à celui désormais prévu par l'article 1221 du Code civil.

28. La relativisation du droit à l'exécution forcée ne saurait être neutre : le changement opéré par l'ordonnance du 10 février 2016 poursuit nécessairement une ou plusieurs finalités qu'il s'agit d'identifier et d'apprécier au regard des valeurs communément mises en avant en matière contractuelle. L'un des éléments d'appréciation pourrait être le *Rapport au Président de la République* qui énumère les objectifs poursuivis par la réforme : sécurité juridique – au sens de l'accessibilité des règles du droit des contrats, attractivité – au sens culturel, politique et économique¹⁰⁵, et enfin la justice contractuelle – au sens de la protection de la partie la plus faible¹⁰⁶. Si le *Rapport* ne saurait figer les valeurs véhiculées par la réforme ou par le droit des contrats en général¹⁰⁷, l'éclairage de l'instrument est bienvenu au regard de la tension qui existe *a priori* au sein même de la nouvelle limite à l'exécution forcée. D'un côté, elle est communément assimilée à la théorie de l'abus de droit, laquelle a une forte connotation morale¹⁰⁸. D'un autre, la mise en avant du coût de la sanction pour le débiteur laisse à penser que le pouvoir judiciaire en matière d'exécution forcée a une ambition essentiellement économique. Il importe d'identifier la finalité de la nouvelle limite afin de répondre à de nombreuses questions d'ordre pratique qui pourraient se poser, car entre plusieurs interprétations rendues possibles par la lettre de l'article 1221 du Code civil, il faut choisir celle qui s'accorde le plus avec l'objectif poursuivi par le texte.

¹⁰⁴ V. *infra* n° 49 et s.

¹⁰⁵ Pour une critique de cet objectif énoncé par le *Rapport au Président de la République*, v. not. Ph. Delebecque, « "L'attractivité" du droit français : un mot d'ordre dépourvu de sens ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 185.

¹⁰⁶ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 4.

¹⁰⁷ V. D. Fenouillet, « Les valeurs morales », *RDC* 2016/3, p. 589 ; F. Rouvière, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016/3, p. 600.

¹⁰⁸ V. *infra* n° 432 et s.

29. Première ressource officielle pour la compréhension de la nouvelle limite : le *Rapport au Président de la République*.- L'ordonnance portant réforme du droit des contrats a été accompagnée d'un *Rapport au Président de la République* publié le même jour au *Journal Officiel* afin de fournir diverses informations sur le contenu du texte normatif, envisageant à la fois sa préparation et son application¹⁰⁹. Si toute ordonnance doit être accompagnée d'un rapport selon l'article L. 221-9 du Code des relations entre le public et l'administration, la teneur de l'instrument est variable. D'aucuns avaient espéré que le *Rapport* ayant trait à la réforme du droit des contrats prenne la forme d'un commentaire exhaustif avec sous chaque article des explications détaillées¹¹⁰, comme cela avait été le cas après la réforme du Code civil du Québec¹¹¹. L'ouvrage finalement livré n'est pas à la hauteur de cet espoir : malgré les informations sur la gestation de la réforme ainsi que sur ses orientations, la qualité ou la quantité des explications portant sur les textes particuliers est hétérogène et parfois décevante¹¹².

30. Concernant l'article 1221 du Code civil, le *Rapport* lui consacre un paragraphe d'un peu moins de 1600 caractères (espaces compris)¹¹³. Sont successivement exposés le principe de l'exécution forcée en cas d'inexécution, la limite – classique en jurisprudence – tirée de l'impossibilité de la sanction *in specie* et la nouvelle limite sujet de la présente thèse : la disproportion manifeste de l'exécution forcée¹¹⁴. Quant à cette dernière, l'information sans doute la plus importante à destination de l'interprète est qu'elle « s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour

¹⁰⁹ V. P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », *RTD civ.* 2017, p. 84.

¹¹⁰ O. Deshayes, « Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères ? », *RDC* 2014/2, p. 157.

¹¹¹ *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, Publications du Québec, 1993. Adde la récente réforme du droit des contrats en Belgique, les interprètes pouvant se tourner vers la proposition de loi de près de 400 pages qui contient de très riches discussions sur chacune des dispositions.

¹¹² V. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit., n° 002.11, p. 11 et s.

¹¹³ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 31.

¹¹⁴ Quant à cette nouvelle limite, le *Rapport* retient ces éléments : « [L'article 1221 du Code civil] propose également une nouvelle exception inspirée des projets européens d'harmonisation du droit des contrats : l'exécution en nature ne peut non plus être poursuivie s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit. Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue » (*ibid.*).

encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue ». A suivre le *Rapport*, l'article 1221 du Code civil préciserait simplement que la théorie de l'abus de droit, sans doute l'une des plus importantes du droit français, trouve à s'appliquer à la demande en exécution forcée.

31. La filiation établie entre la nouvelle limite à l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit pourrait grandement faciliter la mission de ceux qui sont confrontés à l'article 1221 du Code civil : commentateurs, contractants et juges. Pour chaque question d'ordre théorique ou pratique, il s'agirait de mobiliser les réflexions menées au sujet de la théorie de l'abus de droit. Les premiers commentaires de la disposition n'ont pas manqué de solliciter cette méthode, notamment pour envisager la possibilité de déroger au contrôle de l'exécution forcée par la voie d'une stipulation contractuelle¹¹⁵. S'il suffisait de transposer à la question de l'exécution forcée des solutions acquises par ailleurs, c'est l'intérêt même de la présente thèse qui se trouverait entamé.

32. Toutefois, rien n'empêche de contester la filiation posée par le *Rapport*. Cette contestation est possible car l'autorité de l'instrument qui accompagne l'ordonnance est discutée et discutable¹¹⁶, de sorte que « son utilité et sa portée ne doivent pas être exagérées »¹¹⁷. En tant que tel, le *Rapport* n'a pas d'autorité normative : les interprètes des dispositions issues de la réforme ne sont pas contraints de suivre les explications qu'il fournit. Il pourrait difficilement en aller autrement car, pour émettre une interprétation authentique, encore faut-il disposer d'un pouvoir, « [o]r l'auteur du rapport en est manifestement dépourvu »¹¹⁸. Au-delà, le caractère succinct de ses analyses et les erreurs substantielles qui l'émaillent ne sont pas de nature à convaincre ses divers destinataires de sa portée normative¹¹⁹. L'argument vaut particulièrement pour la limite à l'exécution forcée : celle-ci a pris des contours différents à toutes les étapes de la confection de la réforme¹²⁰, de sorte qu'une discussion plus importante aurait été la bienvenue. Par ailleurs,

¹¹⁵ V. *infra* n° 777.

¹¹⁶ V. P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », préc. (et les références citées).

¹¹⁷ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 002.11, p. 11.

¹¹⁸ P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », préc.,

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ V. *supra* n° 7.

le temps qui s'écoule pourrait également avoir raison du peu de crédit que ses destinataires placent dans le *Rapport*¹²¹.

33. En fin de compte, il est tout aussi délicat de faire l'économie de cet outil officiel d'interprétation qu'est le *Rapport au Président de la République* que de se fier pleinement à l'interprétation qu'il propose. La présente thèse entend envisager le *Rapport* comme *une ressource d'interprétation parmi d'autres*, de sorte que les éléments qu'il fournit au sujet de la nouvelle limite à l'exécution forcée ne serviront pas de point de départ à l'analyse menée. Cette analyse prolonge des commentaires, très minoritaires, ayant relevé que la « référence implicite à l'abus de droit (...) ne va pas de soi »¹²². Plus encore, il sera vu en quoi cette référence est erronée : la limite tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée n'est pas une déclinaison de la théorie de l'abus de droit¹²³.

34. Seconde ressource officielle pour la compréhension de la nouvelle limite : les travaux préparatoires portant sur la loi de ratification du 20 avril 2018.- L'ordonnance du 10 février 2016 a été ratifiée par une loi du 20 avril 2018¹²⁴, laquelle procède à quelques modifications du texte initial alors que d'aucuns appelaient à sa ratification « sèche »¹²⁵. Les travaux préparatoires réalisés lors du processus législatif présentent un intérêt pour comprendre ces modifications, mais pas seulement. En effet, ils sont porteurs de précisions sur certains textes demeurés inchangés et permettent de connaître l'intention du législateur sur la réforme du droit des contrats dans son ensemble¹²⁶.

35. Les travaux préparatoires importent particulièrement pour l'étude de la nouvelle limite à l'exécution forcée car la loi de ratification a justement procédé à une

¹²¹ En ce sens, v. C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, 454. Cela a été le cas pour le commentaire – pourtant autrement plus exhaustif – accompagnant la réforme du Code civil du Québec.

¹²² O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2016, p. 487 (nous soulignons) (la remarque n'est plus présente dans la seconde édition de l'ouvrage).

¹²³ V. *infra* n° 452 et s.

¹²⁴ Sur cette loi, v. not. L. Leveneur, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », *CCC* 2018, 11.

¹²⁵ V. N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2017, 1045.

¹²⁶ Les travaux préparatoires de la loi du 20 avril 2018 y sont listés *in fine* et sont constitués des rapports rédigés par les commissions de chaque chambre et la commission mixte paritaire, mais aussi des textes adoptés après chaque lecture et enfin des discussions lors des séances.

modification du texte de l'ordonnance du 10 février 2016. Alors que l'article 1221 du Code civil, dans sa version initiale, permettait à tout débiteur d'exciper de la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée, la disposition telle qu'issue de la loi de ratification réserve cette possibilité au « débiteur *de bonne foi* » (nous soulignons). La précision, disposant d'un caractère interprétatif – et donc rétroactif¹²⁷ – est importante. La lecture des travaux préparatoires permet d'identifier les raisons de la modification du texte – principalement, éviter que les débiteurs ne commettent des fautes lucratives¹²⁸ – et constitue une ressource précieuse pour qui veut identifier le débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil¹²⁹. Les travaux préparatoires contiennent également des informations sur d'autres aspects de la nouvelle limite à l'exécution forcée : outre qu'ils y voient une simple déclinaison de la théorie de l'abus de droit, ils se prononcent en faveur de la supplétivité du nouveau pouvoir judiciaire¹³⁰.

36. Quelle est l'autorité normative des travaux préparatoires de la loi de ratification du 20 avril 2018 ? Comme le *Rapport au Président de la République*, ces travaux sont dépourvus de toute valeur normative¹³¹. L'interprétation fournie n'est en rien authentique, de sorte que les destinataires des normes envisagées ne sont pas tenus de les suivre. Tout au plus, il convient de relever que les travaux préparatoires disposent d'une légitimité démocratique qui devrait pousser l'interprète, suivant la méthode exégétique, à leur donner une valeur persuasive renforcée¹³². Encore faut-il remarquer qu'une distinction pourrait être faite entre les éléments de réflexion propres aux parlementaires et ceux qui leurs sont parvenus par le *Rapport*, la rapidité du travail législatif supposant davantage leur enregistrement que leur examen critique et donc leur appropriation. En fin de compte, dans la construction de la présente thèse, les informations des travaux préparatoires doivent rentrer en ligne de compte sans pour autant figer la réflexion. Il s'ensuit que la filiation entre la théorie de l'abus de droit et la nouvelle limite à l'exécution forcée, de nouveau annoncée, ne saurait faire foi ; le travail de thèse est justement l'occasion de soumettre à un examen critique cette filiation¹³³.

¹²⁷ Loi du 20 avril 2018, préc., art. 16, I.

¹²⁸ V. *infra* n° 259 et s.

¹²⁹ V. *infra* n° 826 et s.

¹³⁰ V. *infra* n° 774.

¹³¹ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 002.12, p. 12.

¹³² Sur cette méthode, v. *infra* n° 37 et s.

¹³³ V. *infra* n° 431.

37. Ressource classique pour la compréhension de la nouvelle limite : l'analyse exégétique du texte.- La réforme du droit des contrats devrait marquer le retour de la méthode exégétique¹³⁴, et donc la renaissance au moins partielle de « l'Ecole de l'exégèse »¹³⁵. Cette méthode, qui a reçu critiques¹³⁶ et éloges¹³⁷, part du postulat que « *le droit est entièrement contenu dans la loi écrite ; le juriste doit seulement l'en extraire en recherchant la volonté du législateur* »¹³⁸. Il s'agit alors pour l'interprète de découvrir le sens de la règle de droit en procédant à l'analyse à la fois grammaticale et logique des textes normatifs, tout en prenant en considération les autres ressources porteuses de l'intention du législateur comme, par exemple, les travaux préparatoires.

38. Au lendemain de la réforme du droit des contrats, toutes les conditions sont réunies pour le recours à la méthode exégétique. Il faut dire que la situation contemporaine n'est pas sans rappeler celle qui a vu se développer et prospérer cette méthode : l'encre du Code civil est à peine sèche, de sorte que les auteurs sont disposés à articuler leur analyse autour de sa lettre¹³⁹. La parution de commentaires de la réforme¹⁴⁰, exposant article par article les nouveaux textes du droit des contrats, est sans doute l'exemple le plus évident de ce retour à l'exégèse. Pour que « l'hommage »¹⁴¹ aux vénérables ouvrages du XIX^e siècle soit authentique, encore faut-il que la méthode exégétique ne soit pas dénaturée. Comme cela a pu être relevé : « [i]l ne (...) semblait pas moins utile [aux exégètes classiques] d'éclairer les dispositions nouvelles, non seulement par leur "génie" interprétatif, mais également, plus modestement, par les lumières de leurs origines, qui constituaient, non pas

¹³⁴ En ce sens, v. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations*, op. cit., p. 14.

¹³⁵ Sur laquelle, remettant en cause l'idée même d'une « Ecole », J.-L. Halpérin, V^o « Exégèse (Ecole) », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003. Adde Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 72 et s.

¹³⁶ J. Bonnecase, *L'Ecole de l'exégèse, sa doctrine, ses méthodes*, 2^e éd., De Broccard, 1924.

¹³⁷ Ph. Rémy, « Eloge de l'exégèse », *Droits* 1985/1, p. 115.

¹³⁸ J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé, *Introduction générale*, t. 1, op. cit., n^o 236, p. 180 (les auteurs soulignent).

¹³⁹ En ce sens, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n^o 64, p. 50 et s.

¹⁴⁰ V. not. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit. ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations*, op. cit. ; Th. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit. ; Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018.

¹⁴¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n^o 2, p. 3.

le dernier mot, mais tout de même le premier pas de leur œuvre prétorienne. *Les exégètes de la loi nouvelle devraient garder ce modèle à l'esprit, et se détourner d'une démarche plus contentieuse que doctrinale, qui consisterait, non pas à expliciter le sens de la loi, mais à imaginer, si besoin contre sa lettre ou son esprit, toutes les sollicitations possibles de celle-ci* »¹⁴².

39. Le précédent avertissement est fondamental et les développements qui suivent, consacrés à la nouvelle limite à l'exécution forcée, entendent s'y conformer au possible. La démarche inverse menacerait la solidité des solutions dégagées. Le point de départ de l'analyse de cette limite sera donc la lettre de l'article 1221 du Code civil dans le respect de la méthode exégétique. La réflexion sera nécessairement enrichie par les ressources officielles déjà envisagées – le *Rapport au Président de la République* et les travaux préparatoires de la loi de ratification du 20 avril 2018 – mais, pour les raisons déjà exposées, il est délicat de s'en contenter. Au vrai, dans la boîte à outils du commentateur, il convient d'ajouter d'ultimes instruments qui passent pour classiques et qui n'ont pas directement trait au texte envisagé.

40. Ressources classiques pour la compréhension de la nouvelle limite : les analyses historique, comparative et économique.- A certains égards, la méthode exégétique requiert de convoquer des éléments extérieurs au texte, ne serait-ce que pour éclairer encore davantage l'intention du législateur. L'importance de ces éléments suppose que des développements substantiels leur soient consacrés dans le corps de la thèse¹⁴³. Seuls les jalons des analyses historique, comparative et économique seront donc ici présentés.

41. En premier lieu, il est possible de mobiliser les enseignements historiques pour envisager la nouvelle limite à l'exécution forcée. Il s'avère cependant délicat de trouver un précédent de cette nouvelle limite car, justement, la place de l'exécution forcée est, en elle-même, très incertaine à travers l'histoire. Le droit romain et l'Ancien droit contiennent des sources contradictoires qui tendent vers l'absence de primauté de la sanction *in specie*, voire son rejet systématique. L'œuvre de Pothier, qui a inspiré à tant de

¹⁴² F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 002.05, p. 10.

¹⁴³ V. *infra* n° 148 et s. pour l'analyse historique, n° 173 et s. pour l'analyse comparative et n° 271 et s. pour l'analyse économique.

reprises les rédacteurs du Code civil de 1804, est également frappée par ce grief d'incohérence : d'un ouvrage à l'autre, il admet ou rejette le droit à l'exécution forcée du créancier¹⁴⁴. Il faut tout de même relever que lorsque l'exécution forcée est admise par le jurisconsulte orléanais, il entend la soumettre à une limite qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 1221 du Code civil¹⁴⁵. Dans le Code civil de 1804, nulle limite à l'exécution forcée fondée sur son coût manifestement disproportionné car la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil excluait une telle sanction pour les obligations de faire ou de ne pas faire, les anciens articles 1143 et 1144 du même Code permettant d'obtenir une sanction *in specie* auprès d'un tiers. Au fil du temps, auteurs et juges ont procédé à la réécriture de l'ancien article 1142 du Code civil : l'exécution forcée s'est imposée comme la sanction de principe de l'inexécution, échappant au contrôle du juge au-delà de l'hypothèse de l'impossibilité. Au cours de ce processus de réécriture, les juges n'ont pas systématiquement abandonné leur pouvoir de contrôle et il est quelques hypothèses qui peuvent être rapprochées de celle de la nouvelle limite à l'exécution forcée¹⁴⁶.

42. En deuxième lieu, le recours au droit comparé peut s'avérer particulièrement opportun pour l'étude du nouveau pouvoir judiciaire en matière d'exécution forcée. Outre le fait que la démarche comparative présente systématiquement un intérêt, à condition de suivre une bonne méthode¹⁴⁷, il fait peu de doute qu'elle a accompagné les auteurs de la réforme du droit des contrats et qu'il convient de ne pas la délaissier une fois la réforme achevée. Le droit comparé permet ainsi d'éclairer substantiellement certaines des orientations du législateur, la question de la nouvelle limite à l'exécution forcée n'infirment pas l'intuition. Dans d'autres systèmes juridiques nationaux, mais aussi au sein d'instruments d'uniformisation du droit, une limite similaire à celle portée par l'article 1221 du Code civil peut être trouvée. Il convient de parler de *similitude*, et non pas d'*identité*, entre la règle française et les règles étrangères, tant les cadres et modalités sont divergents d'un système à l'autre. Assurément, la situation est différente entre la règle adoptée dans nombre de systèmes rattachés à la tradition de *Common law*, lesquels rejettent

¹⁴⁴ V. *infra* n° 158 et s.

¹⁴⁵ R.-J. Pothier, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, éd. Debure-Rouzeau-Montaut, 1762, n° 67, p. 64 et s.

¹⁴⁶ V. *infra* n° 161 et s.

¹⁴⁷ Sur les méthodes du droit comparé, v. not. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 6, p. 11 et s. (et les références citées). Adde P. Legrand, *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, 2015 ; et sous la direction du même auteur, *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009.

la primauté de l'exécution forcée, et celle développée en droit belge ou en droit allemand, lesquels admettent la primauté de l'exécution forcée. Pour autant, ces divergences ne constituent pas des obstacles à l'utilisation de la méthode comparative ; tout au plus conduisent-elles à faire preuve de précaution pour les éventuels emprunts à réaliser.

43. En troisième lieu, il est une ultime analyse qu'il convient de mobiliser pour l'étude de la nouvelle limite à l'exécution forcée : l'analyse économique du droit. Consistant de manière générale à l'application des méthodes et préceptes économiques à la matière juridique, cette analyse née outre-Atlantique dans les années 1960 doit être exploitée dans la présente thèse pour deux raisons. D'une part, l'analyse économique du droit et le concept plus particulier d'efficacité économique du droit semblent avoir préoccupé les auteurs de la réforme du droit des contrats, comme en atteste le *Rapport au Président de la République*¹⁴⁸. D'autre part, la question de l'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat en général, mais aussi de l'exécution forcée en particulier, a été particulièrement scrutée par la littérature américaine et, par le truchement d'une étude comparative remarquée¹⁴⁹, a traversé l'Atlantique. L'étude de la nouvelle limite à l'exécution forcée, dont l'énoncé compte un terme à forte connotation économique, qui négligerait l'analyse économique du droit serait nécessairement partielle. Il sera vu en quoi cette analyse permet de révéler la finalité du nouveau pouvoir judiciaire de l'article 1221 du Code civil, à savoir éviter l'inefficacité économique de l'exécution forcée¹⁵⁰.

*

* *

44. Fruits et plan de l'étude.- La présente thèse entend proposer un commentaire à la fois théorique et pratique de l'article 1221 du Code civil en se concentrant sur l'une des limites à l'exécution forcée du contrat posées par le texte en raison de l'innovation qu'elle constitue. Il ressort de la démarche que cette nouvelle limite, qu'il faudrait plus opportunément qualifier d'exception en raison du tempérament qu'elle apporte au principe de l'exécution forcée, présente une réelle originalité notionnelle qui doit se refléter sur son régime.

¹⁴⁸ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 4.

¹⁴⁹ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution*, op. cit.

¹⁵⁰ V. *infra* n° 271 et s.

45. Contrairement à ce qui est communément admis, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée n'est pas une simple déclinaison de la théorie de l'abus de droit. La filiation établie entre le contrôle de la sanction *in specie* et la théorie séculaire se veut rassurante, certes, mais s'avère erronée à l'examen. Au vrai, la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée repose sur un contrôle original, celui de la disproportion manifeste, confié au juge afin de préserver l'efficacité économique de la sanction et non pas pour assurer une certaine morale contractuelle. Le constat de l'originalité du contrôle de l'exécution forcée permet d'envisager efficacement les nombreuses questions d'ordre pratique auxquelles seront confrontés juges et contractants faisant face à la nouvelle limite à la sanction *in specie*.

46. Pour présenter les fruits de l'étude de manière ordonnée, il est ainsi nécessaire de procéder à *l'identification de l'exception (Partie I)*, laquelle met en lumière l'originalité du contrôle, avant d'envisager *la mise en œuvre de l'exception (Partie II)*, afin de répondre aux interrogations pratiques suscitées par la nouvelle limite à l'exécution forcée.

Partie I : L'identification de l'exception

Partie II : La mise en œuvre de l'exception

PARTIE I

L'IDENTIFICATION DE L'EXCEPTION

47. La première étape de l'étude de l'exception au droit à l'exécution forcée doit être son identification, laquelle suppose de discerner les éléments essentiels de l'exception, c'est-à-dire ceux qui participent de sa qualification. Outre qu'ils seront particulièrement utiles pour la construction de son régime, ces éléments permettent d'attester de l'originalité de la limite à la sanction *in specie*. La lettre de l'article 1221 du Code civil constitue indéniablement le point de départ de cette recherche des éléments essentiels de la nouvelle exception. En autorisant le juge à écarter la sanction « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier », le texte évoque un nouveau pouvoir judiciaire et entend confier au juge l'outil idoine pour l'exercer : le contrôle de la disproportion manifeste (**Titre I**). Au-delà, il convient de s'interroger sur les raisons qui ont conduit à la consécration de ce nouveau pouvoir judiciaire : derrière la technique du contrôle de la disproportion manifeste, il y a forcément une finalité car « une technique, si abstraite soit-elle, recèle toujours une finalité virtuelle, parce que nécessairement elle a été créée pour produire un résultat utile nettement déterminé »¹⁵¹. Il semble alors qu'à l'outil envisagé à l'article 1221 du Code civil réponde une finalité particulière : éviter l'inefficacité économique de l'exécution forcée (**Titre II**).

¹⁵¹ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947, préf. R. Le Balle, n° 6, p. 19.

TITRE I

UN OUTIL : LE CONTROLE DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

48. La réforme du droit des contrats a incontestablement fait évoluer les règles relatives à l'exécution forcée, tant formellement que substantiellement. Alors qu'elle était systématiquement accordée au créancier victime de l'inexécution, sauf impossibilité, la sanction s'expose désormais à cet autre obstacle qu'est la disproportion manifeste de son coût. Si la thèse dans son ensemble vise à identifier les clés de compréhension et d'application de la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée, la première étape de cette recherche doit nécessairement se focaliser sur l'outil confié au juge. En effet, le type d'outil employé est de nature à influencer son travail, à l'instar de l'ébéniste qui ne livrerait pas la même œuvre selon qu'il disposerait d'un ciseau ou d'un rabot. La lettre de l'article 1221 du Code civil indique que la limite à l'exécution forcée repose sur un *contrôle de la disproportion manifeste* de l'exécution forcée. Il importe de considérer plus avant les caractéristiques de cet outil, en général, mais aussi en matière d'exécution forcée. Il s'agit donc de procéder à l'identification du contrôle en jeu (**Chapitre 1**) et, au regard de l'innovation qu'il constitue, d'engager une discussion sur la pertinence du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION DU CONTROLE

49. Qu'est-ce que le contrôle de la disproportion manifeste évoqué par l'article 1221 du Code civil ? Les termes « disproportion manifeste » invitent à répondre à l'interrogation en ralliant le contrôle étudié à l'idée de proportionnalité et au contrôle éponyme. Il s'agirait alors seulement de transposer ici ce qui a déjà été observé ailleurs. Si la démarche paraît opportune au regard des nombreuses occurrences de la proportionnalité ou de ce qui est désigné comme le contrôle de proportionnalité dans de plus en plus de matières, y compris en droit des contrats¹⁵², elle semble finalement discutable. En effet, les récentes « conquêtes »¹⁵³ de la proportionnalité ont été accompagnées d'une remise en cause grandissante de sa compréhension, de sorte que « [l]es ambiguïtés doivent être levées »¹⁵⁴. Les divergences constatées, d'un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité à l'autre, ne semblent pas reposer sur les particularités des matières dans lesquelles ces contrôles sont appliqués. Bien plutôt, ces divergences pourraient s'expliquer par des différences d'ordre logique dans le raisonnement judiciaire mené. Tout au plus, d'un point de vue méthodologique, l'idée de proportionnalité suppose-t-elle systématiquement la confrontation de termes antagonistes. La bonne compréhension du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée requiert ainsi d'aller plus loin, de passer du genre à l'espèce, en procédant à la comparaison de ce contrôle avec d'autres reposant également sur l'idée de proportionnalité. C'est ainsi que se fera jour la méthode suivie par le juge, car l'idée de proportionnalité ne signifie pas l'abandon de toute méthode¹⁵⁵. Il apparaît alors que le contrôle envisagé par l'article 1221 du Code civil se distingue en ce qu'il vise la comparaison de termes relativement commensurables (**Section 1**) et dans la mesure où il est porteur d'une marge de manœuvre judiciaire

¹⁵² Sur la question dans son ensemble, v. not. S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, préf. H. Muir Watt. *Adde* les contributions relatives au droit des contrats du colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 septembre 1998 : D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *ibid.*, p. 12 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *ibid.*, p. 21 ; H. Lécuyer, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *ibid.*, p. 31.

¹⁵³ M. Béhar-Touchais, « La proportionnalité conquérante », note sous Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n^o 14-23.612, *JCP G* 2016, 51.

¹⁵⁴ L. Cadiet, « Introduction », in « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, supp. n^o 1-2, p. 10, spéc. p. 13. *Adde* S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, 991, spéc. n^o 1 : « peut-on vraiment parler de contrôle [de proportionnalité] au singulier ? ».

¹⁵⁵ En ce sens, v. T. Marzal, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

relativement déterminée (**Section 2**). Ces deux caractères essentiels de la mission désormais confiée au juge s'expliquent par l'objet de cette mission – la relativisation du droit à l'exécution forcée – qui suppose du juge qu'il ne bénéficie pas d'une liberté proprement absolue.

SECTION 1 : UNE COMPARAISON DE TERMES RELATIVEMENT COMMENSURABLES

50. La diversité des contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité s'explique notamment par le fait que plusieurs logiques sont susceptibles de les animer. Parmi tous les contrôles de proportionnalité, une première distinction peut être faite entre les contrôles quantitatif et qualitatif (§1). Il apparaît alors que le contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil est un contrôle quantitatif (§2).

§1 LA DISTINCTION ENTRE LES CONTROLES QUANTITATIF ET QUALITATIF

51. La logique des contrôles adossés à l'idée de proportionnalité peut être partiellement déduite des termes qu'il s'agit de confronter, ces termes laissant à penser que le contrôle est tantôt d'ordre quantitatif, tantôt d'ordre qualitatif. La clé de répartition entre ces logiques semble être la commensurabilité des termes à confronter, c'est-à-dire leur capacité à être comparés entre eux grâce à une échelle commune. Lorsqu'un contrôle vise des termes commensurables, c'est qu'il est demandé au juge d'effectuer une *comparaison* au moins partiellement marquée d'objectivisme ; le contrôle peut donc être qualifié de contrôle quantitatif (**A**). A l'inverse, lorsqu'un contrôle évoque des termes incommensurables, il faut considérer qu'il est attendu du juge une *articulation* de ces termes, laquelle est marquée par un net subjectivisme ; le contrôle peut être compris comme un contrôle qualitatif (**B**).

A) LE CONTROLE QUANTITATIF : LA COMPARAISON DE TERMES COMMENSURABLES

52. Dire que le contrôle relié à l'idée de proportionnalité est quantitatif constitue une précision d'ordre méthodologique. Le juge qui doit exercer ce contrôle quantitatif adopte un raisonnement particulier, différent de celui qu'il est susceptible d'avoir par ailleurs. Une telle précision méthodologique doit faire l'objet d'une présentation (1) ainsi que d'une illustration dans le cadre des sanctions de l'inexécution du contrat à travers la question du contrôle judiciaire de la clause pénale (2).

1) La présentation du contrôle quantitatif

53. La comparaison de termes présents sur une même échelle.- Tout contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité suppose la confrontation de termes antagonistes, laquelle peut prendre les atours d'un calcul. L'étymologie même du terme de proportionnalité va dans ce sens : « [o]n le voit aujourd'hui essentiellement comme impliquant un calcul »¹⁵⁶. Dans certains cas toutefois, l'idée de calcul est encore plus prégnante car le contrôle exige du juge qu'il réalise une mesure chiffrée, plus ou moins précise et plus ou moins visible, des termes confrontés afin de déduire un écart également chiffré. Une telle opération est possible lorsque les termes en cause sont commensurables, c'est-à-dire comparables entre eux par l'emploi d'une échelle commune. En effet, dans ce cadre, le juge peut opérer une véritable comparaison et identifier avec précision l'écart qui sépare les deux termes¹⁵⁷. Par exemple, si deux termes (m) et (n) sont placés sur une échelle x et que (m) vaut $(3x)$ alors que (n) vaut $(10x)$, alors l'écart entre les deux termes est de $(7x)$. Comme l'illustration qui précède le suggère, l'approche d'un tel contrôle, notamment par le juge, est marquée par une logique arithmétique¹⁵⁸. Il lui est demandé de comparer des termes présents sur une même échelle pour mesurer – toujours sur la même échelle – l'écart

¹⁵⁶ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 20, spéc. n° 5.

¹⁵⁷ En ce sens, v. par ex. G. Bolard, « L'office du juge en procédure civile », *Rev. dr. Assas* 2017, n° 13-14, p. 78, spéc. n° 6, p. 82 : « La règle de droit invite à comparer des valeurs de même nature qui, à ce titre autorisent une comparaison entre les valeurs prises en compte ».

¹⁵⁸ Cette logique arithmétique doit être distinguée d'une stricte logique mathématique pour laquelle doit exister un rapport constant entre les deux termes confrontés ; c'est le « proportionnel » et non pas le « proportionné » (sur cette distinction, v. M. Béhar-Touchais, « Rapport introductif », in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 sept. 1998, p. 3).

qui existe entre eux. Puisqu'il repose essentiellement sur l'étude de données chiffrées, numériques, le contrôle judiciaire ainsi mené peut être vu comme *quantitatif*.

54. Conséquence sur l'approche judiciaire du contrôle.- Concernant le raisonnement judiciaire, le caractère quantitatif du contrôle n'est pas sans incidence : il suppose du juge qu'il procède en deux temps. Dans un premier temps, il mesure individuellement les termes en cause et les confronte pour déduire l'écart qui les sépare. Dans un second temps, il apprécie cet écart pour se prononcer sur l'application de la règle de droit qui intègre le contrôle. Ce second temps s'émancipe potentiellement de la logique quantitative puisqu'il s'agit de porter un jugement de valeur sur l'écart constaté, l'émancipation étant plus ou moins synonyme de liberté judiciaire selon que le texte ou le contexte du contrôle guident le travail du juge¹⁵⁹. Ce dédoublement du raisonnement judiciaire peut notamment être illustré par le contrôle de la proportionnalité du cautionnement, désormais envisagé à l'article 2300 du Code civil qui dispose que « [s]i le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date ». Le texte, issu de la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2021¹⁶⁰, vient parachever – pour les remplacer – une succession de dispositions autorisant le juge à contrôler la proportionnalité de l'engagement de la caution personne physique¹⁶¹. De manière systématique, toutefois, « [i]l s'agit (...) d'un contrôle quantitatif qui repose sur la comparaison de valeurs objectivement déterminables »¹⁶². Le juge développe ici une

¹⁵⁹ Sur la marge de manœuvre judiciaire dans l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité, v. *infra* n° 106 et s.

¹⁶⁰ Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

¹⁶¹ Sur l'évolution des dispositifs législatifs et prétoriens, v. D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 14^e éd., LGDJ, 2021, n° 160 et s., p. 131 et s. Plus généralement, sur la proportionnalité en matière de sûretés, v. P. Crocq, « Proportionnalité et sûretés », in *Etudes offertes à Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 29.

¹⁶² S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu*, Bruylant, 2019, p. 119, spéc. n° 9.

approche en deux temps : l'écart qui sépare l'engagement des biens et revenus est chiffré de manière explicite, puis cet écart est apprécié pour décider du sort du cautionnement¹⁶³.

55. Concernant l'attitude judiciaire, le caractère quantitatif du contrôle rejaillit indéniablement sur l'attitude du juge lorsqu'il l'exerce. Puisque sa mission consiste dans la mesure chiffrée des termes du rapport de proportionnalité, son approche est nécessairement objective lors de la première étape du contrôle. C'est ainsi en véritable comptable que le juge appréhende en premier lieu le contrôle qui lui est confié, une telle mission n'étant en rien dégradante comme l'a démontré Savatier¹⁶⁴. Ce caractère quantitatif illustre sans doute le stade le plus primaire de la rencontre entre le droit et les mathématiques. La mathématisation du droit, laquelle consiste en l'application de l'esprit mathématique au droit¹⁶⁵, s'illustre, dans sa version la plus aboutie, cette fois-ci, dans le développement de la justice prédictive¹⁶⁶, laquelle risquerait de reléguer le juge à une forme de robot qui n'est pas sans rappeler la figure du juge-automate rêvé par les révolutionnaires s'inspirant de Montesquieu¹⁶⁷. Il demeure toutefois que cette justice prédictive met en évidence la volonté contemporaine d'un juge toujours moins arbitraire et du fait qu'une approche quantitative de son office est l'un des chemins vers la réduction de cet arbitraire. Si le juge qui applique un contrôle de proportionnalité d'ordre quantitatif n'est pas forcément un automate, sa mission est au moins partiellement objective et offre ainsi une forme de prévisibilité et de rationalité qui n'est guère constatée en matière de contrôle d'ordre qualitatif¹⁶⁸.

¹⁶³ Pour une illustration de ce raisonnement en deux temps, v. par ex. Com., 20 avril 2017, n° 15-18.239 : la Cour de cassation approuve le raisonnement des juges du fond qui ont considéré que l'engagement de la caution était disproportionné. En l'espèce, les juges du fond ont identifié l'écart qui séparait les deux termes du rapport de proportionnalité : la caution « disposait d'un patrimoine propre de l'ordre de 101 168 euros, soit le quart du montant cautionné de 400 000 euros, et que ce dernier montant représentait plus de six années de ses revenus » (1^{re} étape du raisonnement), avant d'estimer que cet écart était manifestement disproportionné (2^{de} étape du raisonnement).

¹⁶⁴ R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'Homme*, Dalloz, 1969.

¹⁶⁵ Sur cette mathématisation du droit, v. not. F. Rouvière, « Le raisonnement juridique comme mathématisation de l'argumentation », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu*, Bruylant, 2019, p. 665.

¹⁶⁶ Sur les enjeux de justice prédictive, v. en général A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, 31. Adde L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 3^e éd., PUF, 2020, n° 394, p. 736 et s.

¹⁶⁷ Pour une approche critique de la justice prédictive, v. not. B. Dondero, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.

¹⁶⁸ V. *infra* n° 62 et s.

56. En somme, lorsqu'il est demandé au juge de mener un contrôle adossé à l'idée de proportionnalité mettant en jeu des termes commensurables, ce juge opère un contrôle d'ordre quantitatif qui l'engage sur une voie en partie objective. Ce type de contrôle peut être illustré, dans le cadre des sanctions de l'inexécution du contrat, par celui mis en œuvre par le juge en matière de clause pénale.

2) L'illustration du contrôle quantitatif : le contrôle judiciaire de la clause pénale

57. Consécration d'un contrôle judiciaire de la clause pénale.- Parmi les contrôles qui entretiennent une certaine proximité avec l'idée de proportionnalité, c'est-à-dire qui exigent du juge qu'il confronte deux termes antagonistes, il en est un qui permet d'illustrer la catégorie des contrôles quantitatifs : le contrôle judiciaire de la clause pénale¹⁶⁹. Sans insister sur l'histoire séculaire¹⁷⁰ ou encore sur « l'aspect janusien de la clause pénale »¹⁷¹, tiraillée entre une fonction comminatoire¹⁷² et une fonction réparatrice¹⁷³, il s'agit plutôt d'envisager le contrôle judiciaire de cette clause généralement entendue comme celle par laquelle les contractants évaluent forfaitairement et par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution contractuelle¹⁷⁴. Ce contrôle judiciaire de la clause pénale n'est en rien une constante historique : l'article 1152 du Code civil de 1804 disposait ainsi que « [l]orsque la convention porte que celui qui manquera à l'exécution paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, *il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ou moindre* » (nous soulignons). C'est le pullulement de clauses pénales prévoyant des montants excessifs, essentiellement dans des contrats qui

¹⁶⁹ Sur laquelle, v. en général D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas ; S. Pimont, V° « Clause pénale », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2010 ; Ph. Delebecque, « Fasc. 22 : Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Clause pénale », in *JurisClasseur Civil Code - art. 1231 à 1231-7*, LexisNexis, 2018.

¹⁷⁰ V. not. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 499 et s., p. 290 et s.

¹⁷¹ B. Boccara, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP G* 1975, I, 2742, spéc. n° 19.

¹⁷² V. not. J. Mestre, « La notion de clause pénale et de ses limites », *RTD civ.* 1985, p. 372 ; G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », *RTD civ.* 1985, p. 647, spéc. n° 32 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 258 et s., p. 142 et s.

¹⁷³ Civ. 3^e, 26 janvier. 2011, n° 10-10.376 ; *JCP G* 2011, 323, n° 15, obs. H. Périnet-Marquet.

¹⁷⁴ V. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 888, p. 996.

prenaient les atours des contrats d'adhésion d'aujourd'hui¹⁷⁵, qui a appelé une intervention du législateur¹⁷⁶. La loi du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale est ainsi venue ajouter un second alinéa à l'ancien article 1152 du Code civil qui disposait dès lors que « le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire »¹⁷⁷. Dix ans plus tard, le même texte fut modifié afin d'assurer une plus grande efficacité au pouvoir modérateur du juge sans en affecter la teneur. En effet, la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 *relative à la clause pénale et au règlement des dettes* a indiqué que le juge pouvait exercer, même d'office, son pouvoir modérateur. La réforme du droit des contrats n'a pas modifié ce pouvoir : le deuxième alinéa de l'article 1231-5 du Code civil continue de prévoir que « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ».

58. Caractère quantitatif du contrôle judiciaire de la clause pénale.- L'étude du pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale laisse apparaître qu'il effectue à cette occasion un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité qui peut également être vu comme quantitatif. L'assertion pourrait surprendre, tant la consécration du pouvoir modérateur précité paraît reposer sur « l'idée d'équité »¹⁷⁸, laquelle semble éloigner le contrôle d'une logique mathématique. En vérité, la précédente remarque vaut essentiellement pour la seconde étape du contrôle, à savoir l'appréciation de l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation entend davantage donner un premier tour objectif au contrôle judiciaire des clauses pénales¹⁷⁹. Il s'agit alors pour le juge d'envisager le préjudice subi par le créancier ainsi que la peine stipulée afin de déterminer si cette dernière apparaît « manifestement

¹⁷⁵ Com., 10 juillet 1972, *D.* 1972, jurispr. p. 728, note Ph. Malaurie : dans un contrat de *leasing*, clause pénale prévoyant, outre la restitution du matériel loué, le versement « à titre d'indemnité de résiliation [d']une somme égale aux 4/5^{es} des loyers restant à courir sur la location ».

¹⁷⁶ Cela malgré l'ancien article 1231 du Code civil qui disposait que « [l]a peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ». Il faut dire que la Cour de cassation a considéré que le texte était supplétif de la volonté des parties, de sorte que les rédacteurs pouvaient indiquer que le forfait stipulé ne pouvait donner lieu à modification (sur la question, v. B. Boccara, « La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil », *JCP* 1970, I, 2294).

¹⁷⁷ Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale.

¹⁷⁸ F. Chabas, « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, chron. 229, spéc. p. 234.

¹⁷⁹ V. en ce sens S. Pimont, *V°* « Clause pénale », préc., n° 80 ; Ph. Delebecque, « Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale. », préc., n° 120.

excessive ou dérisoire ». Le contrôle en cause est effectivement d'ordre quantitatif car le juge procède à une *comparaison entre deux termes commensurables*, le préjudice subi et la peine stipulée s'exprimant sur une même échelle, à savoir l'échelle monétaire.

59. Cette méthode comparative peut être mise en lumière par une décision de la Cour de cassation¹⁸⁰. En l'espèce, un contrat de vente en viager occupé d'une maison d'habitation avait fait l'objet d'une résolution à la suite du non-paiement de cinq mensualités. Au sein du contrat de vente, une clause pénale prévoyait que les mensualités perçues demeuraient acquises de plein droit à titre d'indemnité en cas de résolution de la vente. Au moment de cette résolution, le débirentier avait versé 100 000 Francs comptant et 740 000 Francs de mensualités réparties sur dix-sept ans. Approuvés par la Cour de cassation, les juges d'appel ont estimé que la pénalité prévue, qui s'élevait donc à 740 000 Francs, était manifestement excessive dans la mesure où le créancier n'avait pas subi un préjudice important à la suite de l'inexécution. En effet, le créancier – qui avait toujours occupé l'habitation pendant les dix-sept ans de bonne exécution du contrat – allait retrouver la pleine propriété de son immeuble et avait seulement subi un préjudice financier équivalent aux cinq mensualités qui n'avaient pas été versées, soit environ 20 000 Francs. Le contrôle de la clause pénale opéré par les juges est d'ordre quantitatif car il s'agit de comparer le préjudice subi estimé à 20 000 Francs et le montant de la peine qui est de 740 000 Francs, les autres éléments comme l'occupation de l'habitation et le retour en pleine propriété permettant de guider le juge sur la seconde étape de son contrôle qu'est l'appréciation de l'écart entre les termes¹⁸¹.

60. Il est généralement remarqué que les juges usent avec parcimonie de leur pouvoir modérateur en matière de clause pénale¹⁸², car il s'agit de ne pas aisément remettre en cause la force obligatoire attachée à cette clause. Cette prudence judiciaire s'exprime en priorité sur l'appréciation de l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité. Néanmoins, il n'est pas exclu qu'elle débute dès la détermination de cet écart par la comparaison de termes commensurables, le travail du juge se distinguant par un caractère

¹⁸⁰ Civ. 3^e, 27 novembre 2002, n° 00-21.347.

¹⁸¹ Le caractère équitable de la seconde étape ne doit pas évincer toute logique quantitative : en l'espèce, les juges pourraient indirectement évaluer monétairement l'occupation pendant les 17 années comme la valorisation du bien de nouveau entre les mains du créancier.

¹⁸² Exprimant des doutes sur la réalité de l'assertion en raison de l'absence de vérification empirique, Th. Genicon, *in* « L'office du juge et le contrat », préc., spéc. p. 170.

objectif qui laisse moins la place à la libre détermination, subjective, voire arbitraire, de la disproportion entre les deux termes.

61. Conclusion.- Parmi les contrôles adossés à l'idée de proportionnalité, laquelle suppose la confrontation de plusieurs termes antagonistes, certains reposent sur une logique de comparaison de termes commensurables. Dans ce cadre, le juge se trouve naturellement encadré lorsqu'il s'agit de mesurer l'écart qui sépare les termes du rapport de proportionnalité. Le contrôle judiciaire de la clause pénale fournit un exemple de contrôle d'ordre quantitatif, le juge comparant méthodiquement le préjudice subi et la peine stipulée avant d'apprécier dans un second temps si l'écart entre ces deux éléments est manifestement excessif dans un sens ou l'autre. Cette approche méthodique se constate plus difficilement dans les contrôles adossés à l'idée de proportionnalité qui relèvent, quant à eux, d'une logique qualitative.

B) LE CONTROLE QUALITATIF : L'ARTICULATION DE TERMES INCOMMENSURABLES

62. Le juge peut mener un contrôle adossé à l'idée de proportionnalité présentant une logique qualitative, cette dernière se distinguant à bien des égards de la logique quantitative car il s'agit cette fois-ci d'articuler des termes proprement incommensurables. Une nouvelle fois, il faut procéder à la présentation du contrôle qualitatif (1) avant d'en proposer une illustration à travers, cette fois-ci, l'exemple du contrôle concret de proportionnalité visant la sauvegarde des libertés et droits fondamentaux (2).

1) La présentation du contrôle qualitatif

63. L'articulation de termes ne pouvant être rapportés sur une même échelle.- Si le juge qui mène un contrôle quantitatif entend comparer des termes commensurables, celui qui opère un contrôle qualitatif se désintéresse des chiffres et n'entend pas mesurer avec précision l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité. Un tel désintérêt est moins choisi que subi par le juge qui ne peut faire autrement face à des termes incommensurables. Si le précédent exemple des termes (m) et (n) est amendé de sorte que (m) est représentable sur une échelle x alors que (n) appartient à une échelle y ,

comment identifier l'écart entre (3x) et (10y) ? Placés sur des échelles différentes, ces termes ne peuvent être comparés entre eux puisqu'une telle opération suppose une identité de nature. Partant, l'existence même d'un écart suffisamment identifiable entre les termes incommensurables paraît discutable. Dans ce cadre, le juge ne peut que procéder à l'articulation des termes confrontés, à leur harmonisation¹⁸³.

64. Conséquence sur l'approche judiciaire du contrôle qualitatif.- Cette physionomie du contrôle qualitatif empêche la division du raisonnement judiciaire en deux temps. Quant à l'attitude du juge dans le cadre du contrôle qualitatif, elle peut être déduite par opposition avec celle qui est la sienne quand il effectue un contrôle quantitatif¹⁸⁴. Par hypothèse, ce juge ne se comporte plus comme un comptable qui vise à identifier un écart entre des valeurs chiffrées. Bien plutôt, il bénéficie d'une réelle autonomie, au sens propre du terme, tout au long du contrôle pour déterminer lequel des termes confrontés doit prévaloir. Nécessairement, l'attitude du juge est empreinte d'une réelle subjectivité car, dans l'articulation des deux termes du rapport, il décide du poids qu'il donne à chacun. Point alors le risque d'un arbitraire, la décision judiciaire « n'[étant] pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une *volonté libre* »¹⁸⁵, et le danger d'insécurité juridique qui accompagne cet arbitraire. Cette autonomie existe potentiellement pour le contrôle quantitatif à la seconde étape qui le compose : l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité¹⁸⁶. Toutefois, même dans le cadre du contrôle quantitatif, le juge qui bénéficie d'une certaine liberté d'appréciation a pour point de départ un élément objectif – l'écart entre les termes confrontés. Il n'en est rien dans le cadre du contrôle qualitatif pour lequel, dès le départ, le juge bénéficie d'une liberté totale dans l'appréciation des termes. Les enjeux de ce contrôle d'ordre qualitatif sont encore mieux présentés à travers l'exemple du contrôle concret de proportionnalité visant à sauvegarder les libertés et droits fondamentaux.

¹⁸³ Rappr. E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », préc., qui évoque cette cohabitation entre les deux sens de la proportionnalité : « [d]ès le départ, la proportionnalité a ainsi le sens d'un calcul et d'une comparaison entre des choses singulières que l'on essaie de rapprocher » (n° 5, p. 21). Adde G. Bolard, « L'office du juge en procédure civile », préc., spéc. n° 6, p. 82 qui voit ici une « proportion prétendue (...) qui tend à comparer des valeurs incomparables faute qu'elles soient de même nature et que l'une puisse être comprise dans l'autre ».

¹⁸⁴ V. *supra* n° 55.

¹⁸⁵ Association Capitant et G. Cornu (dir.), *V° « Arbitraire », in Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022 (nous soulignons).

¹⁸⁶ V. *infra* n° 106 et s.

2) L'illustration du contrôle qualitatif : le contrôle concret de proportionnalité visant à sauvegarder les libertés et droits fondamentaux

65. Développement du contrôle concret de proportionnalité visant à sauvegarder les libertés et droits fondamentaux.- Apparu outre-Rhin, le principe de proportionnalité en matière de sauvegarde des libertés et droits fondamentaux vise à modérer les empiètements de la puissance publique sur les droits des individus¹⁸⁷. En vertu de ce principe, seules sont tolérées les atteintes aux droits fondamentaux qui apparaissent en adéquation avec l'intérêt général qui les justifie. Ayant très vite conquis les juges européens, qu'ils siègent à Luxembourg ou à Strasbourg, le contrôle qui entend protéger le principe de proportionnalité ne pouvait longtemps rester étranger aux juristes français, en premier lieu publicistes¹⁸⁸. Ce n'est que relativement récemment, la fondamentalisation du droit privé allant¹⁸⁹, que les juges judiciaires ont cédé au chant d'un tel contrôle concret de proportionnalité¹⁹⁰. Le point de départ officiel de la pratique du contrôle par la Cour de cassation est bien connu : dans un arrêt remarqué de la Première chambre civile, les juges ont écarté l'application de l'article 161 du Code civil prohibant les mariages entre alliés en ligne directe dans la mesure où la nullité de l'union litigieuse aurait constitué pour l'épouse, dans les circonstances de l'espèce, « une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit

¹⁸⁷ G. Xynopoulos, V° « Proportionnalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

¹⁸⁸ V. not. G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 297 ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, PUAM, 1990, préf. Ch. Debbasch ; M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156 ; V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 1997, p. 227. Adde, J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015, préf. J.-L. Debré et M. Verpeaux.

¹⁸⁹ Sur la question, v. not. Y. Lequette, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) » in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-LexisNexis, 2004, p. 9, spéc. n° 17 et s. Adde F. Chénéde, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 113 (et les références citées) ainsi que le dossier « La fondamentalisation du droit privé », *Rev. dr. Assas* 2015, n° 15.

¹⁹⁰ M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., PUF, 2022, n° 196, p. 186 et s. Adde, sur les conséquences de cette irruption du contrôle dans l'activité du juge judiciaire sur la défense des droits fondamentaux, notamment vis-à-vis de la protection exercée par le Conseil constitutionnel : A. Gogos-Gintrand, « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *D.* 2020, p. 2409.

au respect de sa vie privée et familiale »¹⁹¹. Autrement dit, au regard des éléments factuels du litige, les juges ont considéré que si le mariage venait à être annulé, il existerait une disproportion entre l'atteinte à la vie privée et familiale de l'épouse et l'objectif légitime poursuivi par la prohibition de l'article 161 du Code civil. Une telle utilisation du contrôle de proportionnalité n'est pas demeurée isolée, la Cour de cassation ayant eu l'occasion de convoquer cet outil à diverses reprises depuis lors¹⁹².

66. Le développement du contrôle concret de proportionnalité ne s'est pas fait sur la base d'une méthode préalablement établie, empruntant à ce qui se fait ailleurs¹⁹³. C'est en partant des décisions rendues par la Cour de cassation qu'il est possible de découvrir la méthode qu'elle se propose de mettre en œuvre et que les juges du fond sont invités à suivre¹⁹⁴. En pratique, il s'agit de confronter l'atteinte à un droit fondamental qui résulte de l'application d'une règle juridique dans une espèce donnée aux considérations d'intérêts général et particuliers qui fondent la règle juridique litigieuse, d'autre part. Si l'atteinte semble excessive par rapport aux considérations qui justifient la règle juridique litigieuse, alors l'application de cette dernière pourra être écartée *in casu*, sans que le législateur ait prévu cette hypothèse. A l'aune de cette méthode, ce contrôle *concret* de proportionnalité se distingue du contrôle *abstrait* de proportionnalité que les juges mobilisent, de longue date, pour le contrôle de conventionnalité des règles légales¹⁹⁵.

¹⁹¹ Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 179, note F. Chénéde, p. 153, point de vue H. Fulchiron, et p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret, et 2013, p. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser, et p. 307, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2014, p. 93, note M. Lamarche.

¹⁹² V. par ex. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790, *D.* 2015, p. 2365, obs. H. Fulchiron (délai de prescription de l'action en contestation de filiation) ; Civ. 3^e, 17 décembre 2015, n° 14-22.095, *RTD civ.* 2016, p. 398, obs. W. Dross (construction non conforme au plan local d'urbanisme) ; Civ. 1^{re}, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, *AJ Fam.* 2016, p. 71, obs. J. Houssier (interdiction du mariage entre alliés en ligne directe) ; Civ. 3^e, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, *D.* 2020, p. 1092, obs. R. Boffa (empiètement sur une servitude de passage) ; Civ. 1^{re}, 2 décembre 2020, n° 19-20.279, *AJ Fam.* 2021, p. 55, obs. J. Houssier (prescription de l'action en constatation de la possession d'état de la filiation).

¹⁹³ En ce sens, le regrettant, F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme – De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, 289.

¹⁹⁴ V. not. H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; P. Deumier, « Contrôle concret de proportionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578 ; P. Ducoulombier, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, p. 1778. *Adde* Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018.

¹⁹⁵ Sur cette distinction, v. not. A. Marais, *Introduction au droit*, 9^e éd., Vuibert, 2020, n° 139 et s., p. 124 et s.

67. Caractère qualitatif du contrôle concret de proportionnalité.- Le contrôle qui vient d'être décrit est un contrôle de proportionnalité à divers égards. D'abord, il s'agit d'un contrôle de proportionnalité car il vise à assurer l'effectivité du principe de proportionnalité tel qu'envisagé plus tôt. Ensuite, d'un point de vue strictement méthodologique, il s'agit bien d'un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité car s'y retrouve son caractère principal, à savoir la confrontation de deux termes antagonistes. Enfin, il peut même être ajouté qu'il s'agit d'un contrôle de proportionnalité *qualitatif* car le juge est invité à confronter deux termes proprement incommensurables. En effet, le juge n'entend pas disposer sur une échelle commune l'atteinte au droit fondamental et le but légitime poursuivi par la règle juridique dont l'application est discutée afin d'identifier un écart entre eux¹⁹⁶. Pour suivre l'exemple de la nullité du mariage entre alliés en ligne directe, le juge ne procède pas à une approche quantitative car il considère qu'il est impossible de mettre sur un même plan l'atteinte à la vie privée qu'engendrerait cette nullité pour les époux, dont l'union serait rétroactivement anéantie, et le but légitime poursuivie par l'article 161 du Code civil qui est la sauvegarde de l'intégrité de la famille. Même si dans l'absolu le juge pourrait s'essayer à une quantification des termes du rapport de proportionnalité, il s'y refuse¹⁹⁷. Dans ce cadre, le juge reconnaît qu'il se trouve dans l'impossibilité d'identifier un certain écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité qui, à défaut d'être valablement comparés, ne peuvent qu'être articulés. Partant, dans la conduite du contrôle qualitatif, le juge bénéficie d'une liberté qui donne à son office une véritable dimension subjective : affranchi de la nécessité d'aplanir sur une même échelle les deux termes du contrôle concret de proportionnalité, il décide non sans un certain arbitraire de la valeur qualitative à donner à chaque terme pour décider lequel doit prévaloir.

68. Critiques adressées au contrôle concret de proportionnalité.- Le développement du contrôle concret de proportionnalité a été accompagné de vives

¹⁹⁶ *Contra* T. Marzal, « La Cour de cassation à “l'âge de la balance”. Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », préc., qui voit dans la *commensurabilité* l'une des principales caractéristiques de la proportionnalité, y compris en matière de droits fondamentaux sur lesquels l'auteur concentre exclusivement son analyse. Sans doute cet angle est-il trop serré et la non-appréhension des manifestations de l'idée de proportionnalité en dehors du cadre des droits fondamentaux conduit à avoir une approche trop large de la commensurabilité des termes du rapport de proportionnalité ; la confrontation des termes ne suppose pas leur commensurabilité.

¹⁹⁷ Sur la possibilité de cette valorisation ainsi que les raisons potentielles du refus du juge d'y procéder, v. *infra* n° 83 et s.

critiques¹⁹⁸, venant en contrepoint de ceux qui ont salué le fait que les juges du quai de l'Horloge se mettent à l'heure européenne¹⁹⁹. Pour le présent propos, il est intéressant de noter que ces critiques mettent pour la plupart l'accent sur le fait que le juge qui mène ce contrôle concret de proportionnalité bénéficie d'une liberté trop importante, génératrice d'imprévisibilité, par rapport à la décision qu'il se propose de prendre : écarter une règle légale sans que celle-ci ne prévoit une telle hypothèse²⁰⁰. L'affinement du contrôle de proportionnalité appliqué sur une question particulière en raison de l'accumulation des décisions ne peut fournir qu'un gain très relatif en termes de prévisibilité. Par exemple, quant à la question de la nullité du mariage entre alliés en ligne directe envisagée en 2013²⁰¹ et 2016²⁰², la répétition dans la seconde décision de certains facteurs examinés par le juge comme la durée de l'union permet assurément d'anticiper les éléments qu'il peut entendre. Néanmoins, cette répétition n'exclut en rien le recours à d'autres facteurs et n'indique pas le poids de ce facteur dans le raisonnement du juge. En somme, ce raisonnement judiciaire est proprement impénétrable pour le justiciable ou le commentateur²⁰³, à la différence de celui mis en œuvre dans le cadre d'un contrôle quantitatif dont l'une des étapes, la première, présente une réelle objectivité.

69. Pertinentes en ce qu'elles mettent en avant le subjectivisme absolu et l'atteinte à la séparation des pouvoirs du contrôle concret de proportionnalité récemment développé par la Cour de cassation, ces critiques sont également justes en ce qu'elles prennent la précaution d'éviter deux amalgames. Le premier amalgame évité est celui entre contrôle concret de proportionnalité et droits fondamentaux. En effet, il est des hypothèses où le juge opère un contrôle de proportionnalité, car il entend confronter deux termes

¹⁹⁸ V. par ex. F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné », *D.* 2015, p. 137 ; P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p. 70 ; P.-Y. Gautier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : l'anti-Daguesseau », *JCP G* 2016, p. 189.

¹⁹⁹ V. par ex. B. Louvel, « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », mars 2015 ; Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 ; Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 ; C. Jamin, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263 ; V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.

²⁰⁰ V. par ex. F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », préc., spéc. n° 11 et s.

²⁰¹ Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, préc.

²⁰² Civ. 1^{re}, 8 décembre 2016, préc.

²⁰³ Pour le commentateur, par ailleurs enseignant, le contrôle concret de proportionnalité n'est pas sans conséquence sur la restitution du raisonnement judiciaire aux étudiants : v. A. Etienney-de Sainte Marie, « L'enseignement du contrôle de proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021, p. 161.

antagonistes et où les termes en cause sont des droits fondamentaux, sans qu'il s'agisse du contrôle concret de proportionnalité tel que présenté précédemment. Dans ces hypothèses, le juge doit moins décider de l'application d'une règle légale que de la conciliation de deux droits fondamentaux invocables par les parties au litige et présentant la même valeur normative. Un exemple topique de ce contrôle résolument horizontal est celui de la confrontation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée²⁰⁴ : « le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit *proportionnée* au but poursuivi »²⁰⁵. S'il ne s'agit pas d'effectuer un contrôle concret de proportionnalité, il faut bien voir dans ce contrôle horizontal un contrôle d'ordre qualitatif. En effet, pour le juge, cette autre configuration ne transforme pas les droits fondamentaux qui constituent les termes du rapport de proportionnalité en des termes commensurables. Il n'est guère étonnant, par conséquent, de retrouver au sujet de ce contrôle de proportionnalité la liberté du juge examinée dans le cadre du contrôle concret de proportionnalité et la critique de l'imprévisibilité qui l'accompagne²⁰⁶. Surtout, le second amalgame évité est celui entre contrôle de proportionnalité et droits fondamentaux. En effet, si le contrôle de proportionnalité est envisagé de manière méthodologique et s'apparente au contrôle qui suppose la confrontation de termes antagonistes, il fait peu de doute que les droits fondamentaux n'ont pas le monopole du contrôle de proportionnalité²⁰⁷ : dans nombre d'hypothèses qui admettent des contrôles adossés à l'idée de proportionnalité, nul droit fondamental à l'horizon. Ainsi, cela explique la possibilité du contrôle de proportionnalité alors même qu'est en jeu le montant d'une clause pénale ou bien encore l'engagement d'une caution. Au-delà, cela justifie que la critique du subjectivisme absolu ne puisse être étendue dans les mêmes termes aux contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité mais présentant une logique quantitative et, partant, une dimension partiellement objective.

²⁰⁴ Sur lequel, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, 36^e éd., Dalloz, 2022, n° 631 et s., p. 530 et s. ; J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 153 et s., p. 133 et s.

²⁰⁵ Civ. 1^{re}, 25 février 2016, n° 15-12.403, *D.* 2016, p. 884, note J.-C. Saint-Pau ; *D.* 2016, p. 2535, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *RTD civ.* 2016, p. 320, obs. J. Hauser (nous soulignons).

²⁰⁶ V. par ex. J. Hauser, « Droit de la preuve et atteintes à la vie privée », obs sous Civ. 1^{re}, 25 février 2016, préc. : « L'arrêt commenté se situe dans la lignée des arrêts sur la conciliation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée (...) avec une référence marquée à la *proportionnalité qui rend la jurisprudence à peu près imprévisible* » (nous soulignons).

²⁰⁷ *Ibid.*, spéc. n° 3.

70. Conclusion.- Le juge peut être amené à confronter des termes qui ne sont pas commensurables, hypothèse qui le conduit à procéder à une articulation plutôt qu'à une comparaison *stricto sensu*. Dans le cadre d'un tel contrôle de proportionnalité d'ordre qualitatif, le juge bénéficie d'une marge de manœuvre autrement plus grande que celui qui exerce un contrôle d'ordre quantitatif car il n'est pas tenu de présenter objectivement un écart entre les termes du rapport. Cette précision sur la méthode judiciaire s'exprime particulièrement dans le cadre du contrôle concret de proportionnalité en matière de libertés et droits fondamentaux. En effet, ce contrôle est l'occasion pour le juge de jouir d'une réelle autonomie pour l'appréhension des termes, isolément et conjointement, ce qui n'est pas sans susciter des critiques sur le terrain de la prévisibilité.

71. Conclusion du paragraphe.- Lorsque l'idée de proportionnalité est évoquée à l'occasion d'une règle juridique posée par le législateur ou envisagée par le juge, il n'est qu'une seule constante d'un point de vue méthodologique : la confrontation de termes antagonistes. Dire qu'un contrôle est adossé à l'idée de proportionnalité fournit ainsi une information partielle à celui qui essaye de comprendre les divers aspects d'un contrôle particulier, notamment l'attitude du juge qui est susceptible d'exercer ce contrôle. A l'étude, il semble que les contrôles adossés à l'idée de proportionnalité se divisent entre les contrôles d'ordre quantitatif, lesquels invitent le juge à comparer deux termes commensurables, et ceux qui sont d'ordre qualitatif, lesquels permettent au juge seulement de concilier des termes qui sont incommensurables. La différence entre les deux espèces de contrôle trouve un écho dans l'attitude judiciaire : l'objectivité au moins partiellement requise du contrôle quantitatif s'oppose la subjectivité affirmée du contrôle qualitatif. Assurément donc, déterminer de quelle espèce de contrôle relève un contrôle particulier permet de poser les premiers jalons de son identité et de l'approche qu'en fera le juge. Dans la perspective de la présente étude, il s'agit donc de voir à quelle espèce de contrôle s'adosse l'exception visée à l'article 1221 du Code civil.

§2 LE CONTROLE DE L'ARTICLE 1221 DU CODE CIVIL : UN CONTROLE QUANTITATIF

72. La lettre de l'article 1221 du Code civil indique que la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée repose sur un contrôle adossé à l'idée de proportionnalité : il s'agit de confronter ces deux termes antagonistes que sont le coût de la sanction pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier victime de l'inexécution. Néanmoins, l'analyse de l'exception requiert de déterminer s'il s'agit d'un contrôle d'ordre *quantitatif* ou bien d'ordre *qualitatif*, la précision fournissant une première indication quant au raisonnement et à l'attitude que le juge est susceptible d'adopter. La répartition des contrôles entre les contrôles quantitatifs et qualitatifs repose, comme cela a été vu, sur la commensurabilité des termes à confronter. Or, si l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et son coût pour le débiteur présentent une apparence d'incommensurabilité (**A**), il faut plutôt conclure à leur possible commensurabilité (**B**), laquelle permet de conférer au contrôle étudié un caractère quantitatif.

A) L'INTERET DU CREANCIER ET LE COUT POUR LE DEBITEUR : APPARENCE D'INCOMMENSURABILITE

73. L'article 1221 du Code civil invite le juge à confronter deux termes antagonistes. Pour savoir si la confrontation s'inscrit dans un contrôle d'ordre quantitatif, le juge doit identifier une échelle de comparaison et voir si les deux termes peuvent s'y rapporter. A ce stade de l'analyse, il s'agit moins de déterminer ce que recouvrent avec précision les termes du rapport de proportionnalité que d'identifier sur quelle échelle ils sont susceptibles de s'exprimer. En l'occurrence, la référence au coût de l'exécution forcée incite le juge à retenir l'échelle monétaire pour effectuer la comparaison (**1**). Or, il existe une difficulté apparente à rapporter l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée sur cette échelle (**2**).

1) L'échelle de comparaison à retenir : l'échelle monétaire

74. Le coût de l'exécution forcée : acception financière et acception non-financière.- L'article 1221 du Code civil envisage comme l'un des termes du rapport de proportionnalité le *coût* de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi. Force est de constater que ce terme peut recevoir une acception strictement financière ou économique, ayant vocation à s'exprimer sur une échelle monétaire, mais aussi une acception s'éloignant quelque peu d'une telle échelle.

75. Le terme « coût » peut procéder d'une logique strictement financière, il s'agit alors du « [p]rix de quelque chose »²⁰⁸, sa valeur monétaire. Le Code civil emploie le terme en ce sens à quelques reprises. Il en va notamment ainsi à l'article 555 du Code civil relatif à l'accession en cas de réunion de deux biens différemment appropriés²⁰⁹. L'alinéa 3 du texte précise qu'en cas d'accession, le propriétaire peut choisir de rembourser le tiers « une somme égale [au] (...) *coût* des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement » (nous soulignons). La référence faite au « coût » est ici clairement financière : puisqu'un *remboursement* doit intervenir, c'est le *prix* des matériaux employés qu'il faut voir dans le terme « coût »²¹⁰. Le raisonnement pourrait être emprunté pour l'article 1221 du Code civil afin de conférer une acception financière et donc strictement monétaire au terme « coût » ; il se dirait alors du coût de l'exécution forcée pour le débiteur qu'il est de *x* euros.

76. Il n'est toutefois pas exclu d'entendre dans une perspective moins financière, et donc moins monétaire, le terme « coût ». Celui-ci peut alors s'entendre comme la « [c]onséquence fâcheuse d'une action »²¹¹. Dans ce cadre, la conséquence peut être économique, mais également d'une autre nature, sentimentale par exemple, ce qui est susceptible de rendre plus délicat le choix de l'échelle monétaire afin d'exprimer le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi. Comme il a pu être relevé à l'occasion

²⁰⁸ *Larousse en ligne*, v° « Coût ».

²⁰⁹ Sur la question, v. not. W. Dross, *Droit des biens*, 5^e éd., LGDJ, 2021, n° 406 et s., p. 346 et s.

²¹⁰ Si le terme « prix » est utilisé pour la main-d'œuvre et non pas pour les matériaux, c'est sans doute pour éviter la répétition du même terme dans la disposition et, ce faisant, une lourdeur du texte.

²¹¹ *Larousse en ligne*, v° « Coût ».

d'un commentaire de l'article 1221 du Code civil, « [c]e coût [pour le débiteur] peut ne pas être strictement financier »²¹². L'intuition semblerait se confirmer pour qui se tourne vers d'autres systèmes juridiques admettant un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée²¹³, à l'instar du droit anglais²¹⁴. En effet, une décision habituellement citée pour évoquer ce contrôle met particulièrement en avant le coût non-financier de la sanction *in specie*. Dans *Patel v. Ali*²¹⁵, il était question d'un contrat de vente d'immeuble d'habitation, ce qui aurait dû permettre au créancier d'obtenir l'exécution forcée du contrat en application de la jurisprudence traditionnelle. Toutefois, usant de son pouvoir discrétionnaire, le juge refusa d'accorder cette sanction au regard de ses conséquences extrapatrimoniales pour la débitrice dont la situation personnelle s'était détériorée depuis la conclusion du contrat, quatre années auparavant. En effet, son mari avait fait faillite et elle avait souffert d'un cancer des os qui avait conduit à l'amputation de l'un de ses membres, de sorte qu'elle comptait énormément sur les voisins et son entourage géographique pour l'aider avec ses enfants dans sa vie quotidienne. Dans ces circonstances, prononcer l'exécution forcée du contrat aurait privé la débitrice du soutien humain des voisins car elle aurait dû déménager, ce qui « lui aurait infligé une “souffrance équivalente à l'injustice” ». En somme, il est *a priori* possible d'envisager le coût de l'exécution forcée dans une perspective moins financière, laquelle sied mal à l'échelle monétaire.

77. Le coût de l'exécution forcée au sens de l'article 1221 du Code civil : acception monétaire.- Si le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi peut dans l'absolu se concevoir dans une perspective non-monétaire ou non-financière, en va-t-il nécessairement ainsi dans le cadre de l'article 1221 du Code civil ? La polysémie du terme « coût » n'empêche pas de faire un tri parmi les acceptions possibles afin de sélectionner celle qui correspond à l'esprit du texte. C'est l'objet même de l'interprétation que de « discerner le véritable sens d'un texte obscur »²¹⁶, et il faut combattre la tentation « [d']une exégèse d'un genre nouveau, qui consisterait non plus à expliciter le sens de la loi, mais à imaginer, si besoin contre sa lettre ou son esprit, toutes les sollicitations possibles

²¹² O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 487.

²¹³ Sur l'approche comparative du contrôle de l'exécution forcée, v. *infra* n° 173 et s.

²¹⁴ Sur lequel, v. *infra* n° 174 et s.

²¹⁵ *Patel v. Ali* [1984] Ch. 238.

²¹⁶ Association Capitant et G. Cornu (dir.), V° « Interprétation », in *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

de celle-ci »²¹⁷. Or, plusieurs éléments suggèrent que c'est le coût monétaire ou financier supporté par le débiteur de bonne foi en raison de l'exécution forcée qui, seul, a droit de cité.

78. Le *Rapport au Président de la République* retient, concernant le contrôle de la sanction *in specie*, que « [c]ette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement *onéreuse* pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un *prix* beaucoup plus réduit »²¹⁸. La terminologie employée est résolument tournée vers une acception économique et, partant, monétaire du coût de l'exécution forcée pour le débiteur. Cette préférence affichée pour l'acception économique du terme étudié est fondée car, comme l'évoque par ailleurs le *Rapport au Président de la République*, le contrôle vise à remédier à certaines solutions prétoriennes qui ont envisagé le coût de la sanction dans cette perspective²¹⁹. Les travaux parlementaires accompagnant la loi de ratification de 2018 laissent à penser que les députés et les sénateurs partagent l'approche des auteurs de l'ordonnance de 2016 : les rapports du Sénat²²⁰ et de l'Assemblée nationale²²¹ préparés pour la première lecture de la loi de ratification avaient également à l'esprit le coût financier de l'exécution forcée et puisqu'ils évoquent également l'ambition de remettre en cause diverses décisions judiciaires antérieures qui avaient admis l'exécution forcée malgré le caractère très coûteux, au sens monétaire, de la mesure sollicitée. Dans ces rapports, il n'est pas question d'autoriser le débiteur de bonne foi à se plaindre des conséquences fâcheuses non-monétaires de la sanction *in specie*. En somme, il faut bien reconnaître que la nouvelle exception entend répondre à des hypothèses spécifiques dans lesquelles c'est le coût financier de l'exécution forcée qui était problématique, de sorte qu'il serait de bonne méthode de restreindre l'appréhension du terme du rapport de proportionnalité.

²¹⁷ F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G* 2016, 776, spéc. p. 1338.

²¹⁸ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 31 (nous soulignons).

²¹⁹ Sur ces décisions, v. *infra* n° 223.

²²⁰ F. Pillet, *Rapport*, préc., p. 69.

²²¹ S. Houlié, *Rapport*, Assemblée nationale, 1^{re} lecture, n° 429, 29 novembre 2017, p. 17 et 84.

79. S'en tenir au sens monétaire du coût de l'exécution forcée est particulièrement recommandable au regard de la genèse du contrôle de la sanction *in specie*, mais aussi au regard de son contexte, au sens littéral du terme. En effet, il faut rappeler qu'il existe déjà une hypothèse de prise en compte du coût non-économique de l'exécution forcée : l'exception tirée de l'impossibilité morale de la sanction²²². Admise depuis longtemps par les juges, et reprise à l'article 1221 du Code civil au moment de la réforme du droit des contrats, l'exception permet au débiteur d'échapper à l'exécution forcée lorsqu'elle suppose une atteinte à sa liberté individuelle. Ne faut-il pas voir dans cette réserve la seule occasion pour le débiteur de se plaindre des conséquences non-financières de la sanction de l'inexécution ? Répondre par la négative l'autoriserait à quelque peu contourner l'approche restrictive de l'impossibilité morale : la dispense de la prestation serait motivée non pas par une menace de la liberté individuelle du débiteur, mais par une atteinte à sa convenance et ses sentiments personnels. Assurément, une telle interprétation du terme de l'exception menacerait trop le principe de l'exécution forcée que l'exception ne doit pas contester trop substantiellement.

80. En définitive, le coût de l'exécution forcée pour le débiteur semble ne pouvoir s'entendre que de manière financière et s'exprime donc naturellement sur l'échelle monétaire. La précision est utile : afin de savoir s'il existe une commensurabilité entre ce terme et le second terme du rapport, à savoir l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, il s'agit de déterminer si celui-ci est également susceptible d'être rapporté sur cette échelle. Or, il semble exister une difficulté à rapporter l'intérêt du créancier sur l'échelle monétaire.

2) La difficulté à rapporter l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée sur l'échelle monétaire

81. Tendances à l'identification non-monétaire de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.- L'intérêt du créancier pour l'exécution forcée se rapporte-t-il sur l'échelle monétaire ? A envisager les sens du terme « intérêt », force est d'admettre qu'il n'est pas de ceux qui s'identifient spontanément sur l'échelle monétaire, contrairement au « coût » qui a *prima facie* une résonance économique. Certes, une telle acception du terme

²²² Sur laquelle, v. *infra* n° 243.

est possible lorsqu'il est envisagé au pluriel – « intérêts » – et qu'il renvoie alors aux « [r]evenus de l'argent, [au] profit rapporté par un capital »²²³. Néanmoins, cette signification correspond mal à l'intérêt *pour* l'exécution forcée qu'évoque l'article 1221 du Code civil. Il s'agit donc plutôt de se tourner vers un sens plus générique du terme, lequel renvoie alors à « ce qui importe (...) [pour] une personne »²²⁴, à ce que « des parties (...) (créanciers not[amment]) (...) poursui[vent] dans une opération (instance, convention) »²²⁵ ou encore à « [c]e qui est bon, ce qui est opportun, avantageux, bénéfique (avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou social, etc.) (...) »²²⁶. Autrement dit, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée pourrait être obtenu en demandant au créancier de répondre à la question suivante : pourquoi sanctionner l'inexécution de l'obligation par son exécution forcée ? Il est fort probable, si ce n'est systématique, que la réponse du créancier ne se réduira pas spontanément à une valeur monétaire. Bien plutôt, le créancier victime de l'inexécution est susceptible d'insister sur les aspects de la prestation qui font défaut afin d'expliquer en quoi il est avantageux, pour lui, d'obtenir du débiteur le strict respect de son engagement contractuel. De même, le créancier peut évoquer les aspirations qu'il fondait sur la prestation promise, par exemple la possibilité de concrétiser un projet particulier. En d'autres termes, il pourrait avancer des raisons patrimoniales comme extrapatrimoniales au respect de l'engagement pris par le débiteur. Un parallèle peut être fait avec l'intérêt à agir qui est exigé du demandeur selon l'article 31 du Code de procédure civile²²⁷. Bien que la notion soit elle-même « indécise »²²⁸, il est généralement admis que l'existence de l'intérêt soit fonction de l'existence d'avantages pour le demandeur en cas de succès de son action. Or, le potentiel gain peut être matériel comme moral, patrimonial comme extrapatrimonial²²⁹. Surtout, le créancier de l'obligation inexécutée comme le demandeur à l'action n'évaluent pas spontanément leurs intérêts sur l'échelle monétaire, mais bien plutôt en listant, ne serait-ce que dans leur *for* intérieur, les avantages patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de la sanction *in specie* ou de l'action.

²²³ Association Capitant et G. Cornu (dir.), *V° « Intérêt » (sens n° 3)*, in *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

²²⁴ *Ibid.* (sens n° 1).

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.* (sens n° 2).

²²⁷ Sur cette exigence v. not. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., LexisNexis, 2020, n° 337 et s., p. 304 et s.

²²⁸ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 181, p. 164.

²²⁹ *Ibid.*, n° 182, p. 164.

82. Conclusion.- Afin de déterminer si le contrôle de l'exécution forcée évoqué à l'article 1221 du Code civil est un contrôle d'ordre quantitatif, il s'agit d'interroger la commensurabilité de ses termes. L'un de ces termes, à savoir le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi, s'exprime sur l'échelle monétaire en raison de son acception exclusivement financière. Il reste alors à voir s'il en va de même concernant l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. La réponse positive est bien moins assurée, tant il peut exister une tendance à ne pas identifier ce terme sur l'échelle monétaire. Il existe donc une apparence d'incommensurabilité entre l'intérêt et le coût de l'exécution forcée. Toutefois, il reste à voir si une commensurabilité entre les termes est tout de même possible, quitte à ce qu'elle soit davantage construite que naturelle.

B) L'INTERET DU CREANCIER ET LE COUT POUR LE DEBITEUR : POSSIBILITE DE COMMENSURABILITE

83. Si l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne se rapporte pas *prima facie* sur l'échelle monétaire, il est possible qu'il le soit grâce à un effort de valorisation monétaire. Dans cette hypothèse, la commensurabilité serait moins spontanée que recherchée, ce qui n'aura pas d'incidence fondamentale sur la division du raisonnement judiciaire en deux étapes, ou sur l'attitude judiciaire dans la conduite du contrôle. Simplement, la première étape du raisonnement qui consiste à identifier l'écart entre les deux termes à confronter se trouvera dans une certaine mesure enrichie par un *effort de valorisation monétaire*. Cet effort, permettant l'instauration d'une commensurabilité des termes du rapport de proportionnalité (1), doit faire l'objet d'une appréciation critique (2).

1) L'instauration d'une commensurabilité des termes du rapport de proportionnalité : l'effort de valorisation monétaire

84. Présentation générale de l'effort de valorisation monétaire.- L'effort de valorisation monétaire consiste à attribuer une valeur monétaire à un élément qui ne s'exprime pas spontanément sur l'échelle monétaire. Dans un certain nombre de cas, l'effort de valorisation ne sera pas important voire inexistant car l'élément en cause relève de la sphère patrimoniale. Dans d'autre cas, en revanche, cet effort sera plus important car l'élément qu'il s'agit de valoriser échappe à la sphère strictement patrimoniale pour

correspondre davantage à la sphère extrapatrimoniale. Lorsqu'il en va ainsi, la valorisation monétaire présente une certaine artificialité, mais demeure possible comme peuvent en attester les hypothèses dans lesquelles les juges ont surmonté la difficulté.

85. L'exemple le plus classique et le plus significatif est sans doute celui de l'indemnisation du préjudice moral en matière de responsabilité civile²³⁰. Pendant un temps, l'indemnisation de ce préjudice a fait « l'objet de toutes les suspensions »²³¹, qu'il soit consécutif à une atteinte corporelle ou bien autonome, en raison des difficultés qu'il y a à l'évaluer et de son incapacité à proprement réparer ce type de préjudice. Néanmoins, afin d'assurer à la victime une réparation et pour éviter que l'acte dommageable ne soit pas sanctionné, il est acquis *de lege lata* que « [l]e prix de la douleur »²³² peut faire l'objet d'une indemnisation²³³. Pour les besoins de cette indemnisation, les juges doivent nécessairement chiffrer le préjudice extrapatrimonial, ce qui revient à le valoriser monétairement. La tâche n'est pas aisée et le temps qui passe, l'expérience accumulée, n'a pas effacé l'obstacle tiré de la difficile évaluation du préjudice moral car le sujet relève essentiellement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Tout au plus ce temps a-t-il permis de développer des outils rendant l'évaluation précitée plus objective dans certaines hypothèses. La technique la plus à même d'harmoniser l'évaluation du préjudice est celle des nomenclatures, telle que la nomenclature *Dinthillac*, même si l'objectif d'individualisation de la réparation se trouve menacé en contrepoint. L'utilité des nomenclatures pourrait d'ailleurs bientôt être reconnue par la loi car les derniers actes de la réforme de la responsabilité civile consacrent systématiquement, sans donner un caractère nécessairement contraignant, le recours à cette technique²³⁴.

86. Réalisation de l'effort de valorisation monétaire de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.- Rien n'empêche *a priori* de mobiliser l'effort de

²³⁰ Sur lequel, v. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 164 et s., p. 153 et s. ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., Economica, 2021, n° 435 et s., p. 541 et s.

²³¹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., LexisNexis, 2018, n° 216, p. 148.

²³² G. Ripert, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, p. 1.

²³³ Il faudrait désormais parler de *douleurs* au pluriel, tant une approche éclatée du préjudice moral a succédé à une approche plus globale. Pour une appréciation critique du phénomène, v. not. J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.

²³⁴ V. art. 1272 C. civ. tel qu'issu de la Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 22 juillet 2020. Sur ce texte, v. not. L. Fériel, « L'avenir de la réparation du préjudice – A propos du Rapport du Sénat du 22 juillet 2020 sur la réforme de la responsabilité civile », *RCA* 2021, 2, spéc. n° 3 et s.

valorisation monétaire pour appréhender l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée dans le cadre de l'article 1221 du Code civil.

87. Souvent, cet effort sera minime car le créancier peut vouloir la perfection de la prestation fournie pour des raisons essentiellement patrimoniales. Le juge pourra alors attacher une valeur monétaire aux éléments avancés par le créancier pour attester de l'importance de la sanction *in specie*. Le propos peut être illustré par un contrat dans lequel un créancier espérait la livraison d'un produit d'une qualité précise afin de pouvoir lui-même effectuer une prestation auprès d'un tiers. Si la qualité finalement livrée par le débiteur est inférieure et ne permet pas au créancier d'honorer son engagement auprès du tiers, son intérêt pour l'exécution forcée pourra s'exprimer dans une valeur monétaire. Il correspondra alors à la différence de valeur entre les prestations prévue et fournie, ainsi qu'au coût auquel il s'expose pour respecter son engagement avec le tiers ou bien s'il ne le respecte pas²³⁵.

88. L'effort de valorisation monétaire sera sans aucun doute plus important, mais toujours possible, lorsque le créancier souhaitera obtenir le respect des termes du contrat pour des raisons qui ne sont pas strictement patrimoniales. L'idée peut être illustrée par un contrat par lequel un créancier demande à un débiteur la confection d'une statue dans un matériau précieux représentant des spécificités esthétiques qui ont une valeur sentimentale pour le créancier car elles lui remémorent des épreuves personnelles, sans avoir de conséquence sur la valeur objective de la statue. Si le contrat n'est pas correctement exécuté et que, particulièrement, les spécificités esthétiques importantes aux yeux du créancier n'ont pas été réalisées, l'exécution forcée pour le créancier présente ici un intérêt extrapatrimonial qui est par conséquent difficile à replacer sur l'échelle monétaire. Toutefois, il n'est pas un obstacle qui s'oppose définitivement à la valorisation monétaire de cet intérêt extrapatrimonial : le juge est capable de le faire dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée, comme il est capable de le faire par ailleurs. Au demeurant, ce même juge aurait à le faire si le créancier placé dans la même situation demande non pas l'exécution forcée du contrat mais des dommages-intérêts afin d'obtenir l'indemnisation de son préjudice contractuel.

²³⁵ Sur l'identification de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, v. *infra* n° 491 et s.

89. Commensurabilité relative des termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil et caractère quantitatif du contrôle de l'exécution forcée.- Grâce à l'effort de valorisation monétaire, intérêt du créancier pour l'exécution forcée et coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi sont susceptibles d'être placés sur une même échelle : l'échelle monétaire. La relative commensurabilité des termes confrontés permet ainsi de qualifier le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée de *contrôle quantitatif*. Il a été vu en quoi un tel constat était de nature à influencer le raisonnement et l'attitude du juge lorsqu'il opère le contrôle : il cherche à mesurer l'écart qui sépare les deux termes en adoptant une approche aussi objective que possible ; ce n'est que dans un second temps, celui de l'appréciation de cet écart, qu'il est possible pour le juge de recouvrer une forme de liberté qui varie d'un contrôle à l'autre.

2) L'appréciation critique de l'effort de valorisation monétaire

90. Position du problème : l'effort de valorisation monétaire et le potentiel quantitatif de tous les contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité.- L'effort de valorisation monétaire permet de conférer un caractère quantitatif à un contrôle qui ne présente pas *a priori* un tel caractère. Un risque se fait alors jour et peut être résumé en une interrogation : l'effort de valorisation monétaire est-il susceptible de conférer à *tous* les contrôles adossés à l'idée de proportionnalité un caractère quantitatif, de sorte que la distinction entre les contrôles quantitatifs et qualitatifs serait artificielle ? En effet, si n'importe quel terme est rapportable sur l'échelle monétaire grâce à l'effort de valorisation, alors les termes de tous les contrôles sont forcément – quoique relativement – commensurables, et seuls existeraient des contrôles d'ordre quantitatif rapportés à l'échelle monétaire. En fin de compte, la volonté de distinguer le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée en tant que contrôle quantitatif ne ferait guère avancer la compréhension de la nouvelle exception de l'article 1221 du Code civil.

91. Solution du problème : distinction entre les bonnes et les mauvaises utilisations de l'effort de valorisation monétaire.- Il est possible de sortir de l'impasse qui vient d'être décrite et de maintenir l'existence d'une différence entre les contrôles quantitatifs et les contrôles qualitatifs. Pour ce faire, il s'agit d'opérer une distinction entre les bonnes et les mauvaises utilisations de l'effort de valorisation monétaire. Seules les

bonnes utilisations de cet effort permettent de conférer au contrôle envisagé un caractère quantitatif. Ainsi, pour que le contrôle de l'article 1221 du Code civil soit effectivement considéré comme étant d'ordre quantitatif, il faudrait que la valorisation monétaire de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée soit rangée parmi les bonnes utilisations.

92. La réalité de la distinction se vérifie en observant toutes les occurrences de contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité : si certaines témoignent d'une approche quantitative, d'autres sont parfaitement rétives à cette approche alors que, dans l'absolu, elle est possible. Par exemple, à l'occasion du contrôle de proportionnalité confrontant le droit à la preuve et le droit au respect à la vie privée²³⁶, le juge ne procède pas à une quantification des termes du rapport de proportionnalité bien qu'une telle quantification soit envisageable²³⁷. D'un côté, le droit à la preuve pourrait faire l'objet d'une évaluation monétaire qui correspondrait aux avantages diversement perçus en cas de succès de l'action car ledit succès repose sur la recevabilité de l'élément probatoire litigieux. De l'autre, le droit à la vie privée pourrait faire l'objet d'une évaluation monétaire comme les juges ont l'habitude de le faire dans le cadre des actions en réparation du préjudice qu'il est possible de réaliser sur le fondement de l'article 9 du Code civil²³⁸. Pourtant, le juge se refuse à conférer une dimension quantitative à son contrôle portant sur la recevabilité de la preuve. Ce refus s'explique par le fait qu'il considère que développer une approche quantitative au sujet de cette question serait inopportun ; il s'agirait d'une mauvaise utilisation de l'effort de valorisation monétaire. Il convient donc de s'interroger sur les critères de distinction entre les bonnes et les mauvaises utilisations de l'effort de valorisation.

93. C'est le juge qui choisit, pour chaque contrôle, s'il faut réaliser un effort de valorisation monétaire et donc lui donner une dimension quantitative. La question étant alors de savoir comment ce choix est opéré, la réponse fournie est précieuse pour qui veut savoir si le juge optera pour la valorisation monétaire de l'intérêt du créancier de l'exécution forcée et donc pour une logique quantitative. À la réflexion, il semble que la

²³⁶ V. *supra* n° 69.

²³⁷ V. par ex. Civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, n° 15-24.015, *D.* 2018, p. 259, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *JCP G* 2016, 1136, obs. G. Lardeux : l'observation d'un individu par un enquêteur privé commanditée par un assureur pour vérifier la réalité du préjudice porte, au regard des moyens déployés en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la vie privée de cet individu.

²³⁸ Sur ces actions, v. not. B. Teyssié, *Droit des personnes*, 23^e éd., LexisNexis, 2021, n° 384 et s., p. 270 et s.

décision du juge repose moins sur l'étude isolée du terme du rapport de proportionnalité envisagé, que sur une appréhension du contrôle dans sa globalité. Autrement dit, le juge opte pour la valorisation ou l'absence de valorisation en fonction de l'opportunité des solutions à sa disposition. Le choix opéré n'est pas forcément conscient et encore moins exprimé, ce qui est de nature à rendre l'identification de critères particulièrement hasardeuse. L'entreprise doit toutefois être menée pour savoir si le contrôle de l'article 1221 du Code civil sera l'occasion d'un effort de valorisation monétaire.

94. Importance non déterminante de la proximité du terme avec la sphère patrimoniale.- Pour chaque type de contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité, le juge ne décide pas de procéder à la valorisation d'un terme seulement sur la base de sa proximité avec ce qui peut être désigné comme la sphère patrimoniale. Une telle approche, outre qu'elle présenterait une grande part d'arbitraire, ne pourrait pas résoudre un certain nombre de difficultés. Plus particulièrement, elle ne permet pas d'envisager les termes « mixtes » qui reposent, à l'instar de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, sur des éléments proches et des éléments éloignés de la sphère patrimoniale. Pour ces termes, faut-il écarter tout effort de valorisation monétaire, ou bien rechercher si les éléments proches de la sphère patrimoniale sont plus importants pour emporter le bénéfice d'une telle valorisation ? *Quid* des autres éléments éloignés de la sphère patrimoniale : s'agit-il de les négliger ou bien de procéder malgré tout à leur valorisation ? En réalité, la proximité du terme avec la sphère patrimoniale ne peut constituer qu'un point de départ pour le juge. Ce point de départ demeure important pour celui qui entend éviter d'adopter un raisonnement trop arbitraire, dans le principe comme dans le *quantum* de l'évaluation monétaire du terme étudié. Il faut sans doute rechercher ici la raison de l'absence de quantification du contrôle concret de proportionnalité visant à protéger les libertés et droits fondamentaux : face à aux difficultés pratiques et conceptuelles d'une quantification des termes du rapport de proportionnalité, notamment le but légitime poursuivi par la règle légale litigieuse, le juge peut ressentir quelques scrupules à l'idée de réaliser un effort de valorisation²³⁹. Par exemple, comment le juge saisi d'une demande en annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe sur le fondement de l'article 161 du Code civil peut-il valoriser le but légitime de la règle légale qu'il a identifié par ailleurs comme « vis[ant] à sauvegarder l'intégrité de la famille et à

²³⁹ Non sans un certain paradoxe, les scrupules qui l'empêchent de valoriser le but légitime poursuivi par la règle légale ne l'empêchent pas de l'écarter *in casu*.

préservé les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale »²⁴⁰ ?

95. Autres facteurs susceptibles d'être pris en compte par le juge.- Le point de départ que constitue la proximité avec la sphère patrimoniale étant important, d'autres facteurs peuvent venir influencer la décision du juge quant au choix de procéder à la valorisation du terme du rapport de proportionnalité.

96. En premier lieu, le juge peut avoir la volonté de conserver une plus grande liberté dans le cadre de son contrôle et opter, dans cette perspective, pour un contrôle qualitatif. Le juge estime ainsi que l'effort de valorisation monétaire n'a pas lieu d'être, car il sait que dans le cadre d'un contrôle quantitatif il sera partiellement contraint : il devra mesurer individuellement les termes antagonistes pour évaluer l'écart qui les sépare, puis il devra apprécier cet écart²⁴¹. A l'inverse, dans le cadre d'un contrôle qualitatif, le juge bénéficiera d'une véritable autonomie dans la pondération des termes antagonistes²⁴². Le juge peut donc faire le choix volontaire de la non-valorisation monétaire pour se ménager une liberté plus importante. C'est peut-être cette logique qui est à l'œuvre dans le contrôle portant sur la recevabilité de la preuve constituant, en même temps, une atteinte à la vie privée. En effet, si le juge reproduit la démarche classique de valorisation de cette atteinte pour sa réparation, il n'est pas exclu qu'il retienne comme montant une somme symbolique d'un euro²⁴³. Presque mécaniquement, le juge devrait considérer que la valorisation monétaire du droit à la preuve est bien plus importante et, partant, faire prévaloir ce terme du rapport de proportionnalité. Afin que le contrôle qu'il opère ne soit pas un fantôme, le juge doit donc s'éloigner d'une logique quantitative et pratiquer un contrôle d'ordre qualitatif, lui permettant de donner le poids qu'il souhaite à chacun des termes.

97. En second lieu, il est également envisageable que le juge préfère développer une approche monétarisée de son contrôle lorsque l'autre terme du rapport de

²⁴⁰ Civ. 1^{re}, 8 décembre 2016, préc.

²⁴¹ V. *supra* n° 54 et s.

²⁴² V. *supra* n° 64.

²⁴³ Sur cette indemnisation symbolique, v. not. J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit de la personnalité*, LexisNexis, 2013, n° 15005, p. 895 ; Ph. Malaurie et N. Peterka, *Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 188, p. 189. Dans l'arrêt précédemment évoqué (Civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, préc.), les juges du fond ont jugé la preuve irrecevable car obtenue par le biais d'une atteinte à la vie privée et ont accordé une réparation symbolique d'un euro.

proportionnalité s'exprime, quant à lui, spontanément sur l'échelle monétaire. Il y aurait ainsi une forme d'effet d'attraction du terme monétarisé par rapport au terme monétarisable. En effet, il est envisageable que le juge ne puisse pas s'extirper d'un certain biais cognitif qui le pousserait à rattacher un terme du rapport de proportionnalité à une échelle donnée, si l'autre terme du rapport se présente déjà sur une échelle identifiée. L'analyse comportementale du droit, encore peu développée en France²⁴⁴, témoigne du fait que les actions des opérateurs juridiques sont moins le fait d'une parfaite rationalité que la réponse, au moins partielle, à des éléments environnementaux. L'un des biais cognitifs révélés par l'analyse comportementale du droit pourrait être ici mobilisé : il s'agit du « biais d'ancrage »²⁴⁵ selon lequel l'esprit humain, lorsqu'il prend une décision dans un contexte d'incertitudes, ancre son esprit sur la première information dont il a connaissance. Le juge n'échappe pas à ce phénomène, de sorte qu'il n'est pas impossible de retrouver ce biais dans le raisonnement judiciaire en général, et lorsqu'il s'agit de prendre la décision de valoriser monétairement le terme d'un rapport de proportionnalité en particulier. Dès lors, face à l'incertitude de la réalisation d'un effort de valorisation monétaire du terme en cause, le juge peut être influencé par le fait que l'autre terme se présente spontanément sur l'échelle monétaire.

98. Probable réalisation d'un effort de valorisation concernant l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.- Gardant les facteurs qui précèdent à l'esprit, il est possible d'imaginer la décision du juge qui procédera au contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil. Comme pressenti, ce contrôle devrait être d'ordre quantitatif et le juge devrait choisir de réaliser un effort de valorisation monétaire pour l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, terme du rapport de proportionnalité s'exprimant en définitive sur l'échelle monétaire.

²⁴⁴ V. cep. récemment G. Helleringer, « La protection des consommateurs de produits financiers – Exemple d'analyse comportementale du droit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 288 ; P.-E. Audit, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *RTD civ.* 2021, p. 545. V. plus généralement, sur l'apport de l'analyse comportementale du droit à la critique du mouvement *Law & Economics* dans son versant classique, R. Lanneau, *Fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Thèse Paris 10, 2009, p. 114 et s.

²⁴⁵ Pour une présentation et une mobilisation de ce biais en procédurale pénale, v. not. J. Godzlagier, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Les cahiers de la justice* 2005, p. 507.

99. D'abord, le juge aura certainement l'intention d'effectuer cette valorisation monétaire de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée car, il faut bien l'admettre, le terme en cause entretiendra bien souvent une franche proximité avec la sphère patrimoniale. Nombre des avantages associés par le créancier à sa demande en exécution forcée trouveront sans grande difficulté une traduction sur l'échelle monétaire. Cela s'explique par le fait que la fonction première du contrat est d'être le support d'échanges économiques. L'existence d'avantages purement non-économiques est certes parfaitement envisageable, mais elle ne devrait pas l'emporter sur la prééminence des avantages économiques. Au fond, si la proximité de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée avec la sphère patrimoniale n'est pas déterminante en soi, la teneur essentiellement économique de ce terme invite le juge à procéder à sa valorisation monétaire, y compris pour les aspects qui ne sont pas strictement économiques.

100. Ensuite, rien ne suggère que le juge recherche ici une forme d'autonomie ou qu'il souhaite déployer une approche parfaitement subjective, conscient que celle-ci confine parfois à l'arbitraire. Bien au contraire, puisqu'il s'agit de poser la question de la remise en cause du droit à l'exécution forcée du créancier, il est probable que le juge entende davantage suivre une forme de retenue dictée à la fois par le texte et le contexte de l'exception²⁴⁶. En effet, il ressort de ces derniers éléments que le contrôle de l'exécution forcée constitue une exception, de sorte que le juge est susceptible de choisir l'approche de ce contrôle qui lui semble être la moins arbitraire.

101. Enfin, il est possible de donner ici une importance particulière au biais d'ancrage auquel est soumis le juge. Comme cela a été indiqué, l'autre terme du rapport de proportionnalité peut pousser le juge à réaliser un effort de valorisation monétaire s'il s'exprime lui-même spontanément sur l'échelle monétaire. Or, il a précédemment été constaté que l'autre terme du rapport envisagé par l'article 1221 du Code civil – le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi – s'exprime spontanément sur cette échelle monétaire²⁴⁷. Le juge devrait percevoir la monétarisation spontanée de l'autre terme du rapport de proportionnalité – le coût de l'exécution forcée pour le débiteur – comme une invitation à évaluer sur la même échelle l'intérêt du créancier pour la sanction.

²⁴⁶ Sur cette retenue et son influence au stade de l'appréciation de l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité, v. *infra* n° 125 et s.

²⁴⁷ V. *supra* n° 74.

102. En somme, il revient au juge de faire le choix entre la réalisation d'un effort de valorisation monétaire pour l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, d'une part, et la non-réalisation d'un tel effort, d'autre part. Par là-même, le juge décide de donner une logique quantitative ou qualitative à son contrôle. Il s'agit d'un choix guidé par l'opportunité des solutions en présence plutôt que par des facteurs prédéterminés. Or il faut bien admettre que le juge devrait ranger la valorisation monétaire de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée parmi les bonnes utilisations de l'effort de valorisation monétaire et, partant, accepter de le faire. Comme cela a été relevé, la comparaison de l'article 1221 du Code civil « suppose un instrument de mesure commun : l'argent sous les formes du coût de l'exécution forcée, d'une part, de l'évaluation monétaire de l'intérêt à celle-ci, d'autre part »²⁴⁸. Ce faisant, il confère au contrôle étudié un caractère quantitatif avec les conséquences qui l'accompagnent : le juge différencie le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée des contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité et visant les libertés et droits fondamentaux²⁴⁹, qu'il s'agisse du contrôle concret de proportionnalité²⁵⁰ ou du contrôle horizontal mettant en jeu deux droits fondamentaux²⁵¹.

²⁴⁸ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – L'acte juridique*, op. cit., n° 766, p. 1046. Les auteurs identifient les difficultés à valoriser l'intérêt du créancier.

²⁴⁹ *Contra*, quoique de manière indirecte, C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, 454, spéc. p. 773, qui déduit notamment la prétendue impérativité du contrôle de l'article 1221 du Code civil en le rattachant au contrôle concret de proportionnalité qui montait en puissance à la Cour de cassation au moment de la réforme du droit des contrats. Pour une confusion évidente, v. G. Cauvin, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations – À la recherche de principes directeurs... », *Gaz. Pal.* 2019, n° 19, p. 65.

²⁵⁰ Il est nécessaire d'écarter l'idée selon laquelle le législateur a confié au juge, à l'article 1221 du Code civil, un contrôle concret de proportionnalité qui lui permettrait de protéger les droits fondamentaux, la règle légale applicable étant le droit à l'exécution forcée et l'atteinte au droit fondamental se retrouvant dans l'atteinte au patrimoine du débiteur tel que protégé par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention EDH. En effet, il est difficile d'envisager un contrôle concret de proportionnalité qui serait prévu par le législateur alors que le postulat de ce contrôle est l'absence d'autorisation légale de confrontation des intérêts en présence. Plus encore, dans la méthode du contrôle concret, ce sont les effets de la règle légale qui sont examinés ; or, la règle légale prévoit elle-même le contrôle de l'exécution forcée : il est donc illogique de voir dans ce dernier contrôle un contrôle concret. Sur ce point, v. Y.-M. Laithier, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », préc., spéc. p. 273 et s. Comp. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, op. cit., n° 1018, p. 790 : « Le critère de proportionnalité devient en outre un outil désormais plus général encore dans la nouvelle façon de faire du droit de la Cour de cassation. Il s'agit cette fois-ci de comparer l'intérêt protégé par la règle et l'intérêt du justiciable à qui celle-ci doit être appliquée, ce que la Cour de cassation appelle un contrôle de conventionnalité *in concreto* ou contrôle de conventionnalité de l'application de la règle de droit ».

²⁵¹ Il convient également de rejeter l'idée selon laquelle le législateur a expressément prévu à l'article 1221 du Code civil un contrôle de proportionnalité horizontal, visant à confronter deux droits fondamentaux, à savoir le droit du créancier d'obtenir l'exécution forcée en nature et le droit du débiteur de ne pas subir une atteinte excessive à son patrimoine tel que protégé par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention EDH. En effet, à l'inverse de l'exécution forcée des décisions de justice qui bénéficie d'un

103. Conclusion.- Alors que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne se présente pas spontanément sur l'échelle monétaire, il est possible de le rapporter sur cette échelle par la réalisation d'un effort de valorisation monétaire. La démarche n'est en rien originale mais trouve une légitimité toute particulière dans le cadre de l'article 1221 du Code civil au regard des spécificités intrinsèques et extrinsèques du terme étudié. Ainsi, les deux termes du contrôle peuvent être placés sur une même échelle et être considérés comme commensurables, cette qualité permettant de dire que le contrôle de l'exécution forcée est d'ordre quantitatif.

104. Conclusion du paragraphe.- Le contrôle visant à confronter l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et son coût pour le débiteur est-il un contrôle quantitatif ou bien un contrôle qualitatif ? La démonstration de la relative commensurabilité des termes du contrôle permet de le ranger au sein de la première branche de l'option. Un tel constat participe à l'identification des contours de la nouvelle exception à l'exécution forcée.

105. Conclusion de la section.- La comparaison de termes commensurables est au cœur de la mission que l'article 1221 du Code civil confie désormais au juge. La précision permet de cerner plus finement le raisonnement ainsi que l'attitude qui sera la sienne lorsqu'il accomplit cette mission. Pour lui, il s'agit moins d'articuler des termes antagonistes en bénéficiant d'une liberté absolue que de comparer des termes en mesurant avec une certaine objectivité l'écart entre eux avant de porter un jugement sur cet écart. À ce titre, les modalités de ce jugement peuvent également être précisées car le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, en plus d'être un contrôle d'ordre quantitatif, est un contrôle qui laisse au juge une marge de manœuvre relativement déterminée.

caractère fondamental en application de l'article 6§1 de la Convention EDH, le droit à l'exécution forcée des obligations inexécutées ne présente pas aux yeux des juges de la Cour de Strasbourg, à l'heure actuelle du moins, une telle fondamentalité en application de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention EDH. Alors même que ce dernier texte permet de retenir une conception autonome et extensive de la notion de bien, il faut noter qu'il entend protéger l'intérêt patrimonial du bien. Par conséquent, « ce qui est protégé n'est pas la prestation attendue en elle-même, mais la valeur de celle-ci » (G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation, op. cit.*, n° 75, p. 209). En définitive, puisqu'il n'existe pas de droit fondamental à la prestation *in specie*, le juge qui applique le contrôle de l'article 1221 du Code civil ne confronte pas deux droits fondamentaux qu'il s'agirait d'articuler.

SECTION 2 : UNE MARGE DE MANŒUVRE JUDICIAIRE RELATIVEMENT DETERMINEE

106. L'approche quantitative du contrôle de l'article 1221 du Code civil conduit le juge à diviser son raisonnement en deux temps : à la mesure de l'écart entre les deux termes antagonistes succède l'appréciation de cet écart pour décider s'il existe une « disproportion manifeste », laquelle est de nature à faire échec au droit à l'exécution forcée. A l'occasion de ce second temps du raisonnement, de quelle marge de manœuvre le juge bénéficie-t-il ? A l'étude, cette marge de manœuvre peut être qualifiée de relativement déterminée et tend vers une acception restrictive de la disproportion manifeste. Une telle qualification est essentielle pour identifier le contrôle de l'article 1221 du Code civil en tant que tel et par rapport aux autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité qui sont également d'ordre quantitatif. En pratique, cette précision sera notamment utile pour envisager la fixation du seuil de la disproportion manifeste²⁵². Pour le moment, il s'agit d'étayer l'idée selon laquelle certaines approches de l'appréciation judiciaire doivent être exclues en ce qu'elles sont trop extrêmes (§1), avant de voir en quoi c'est une approche modérée de l'appréciation judiciaire qui doit être favorisée dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée (§2).

§1 L'EXCLUSION DES APPROCHES EXTREMES DE L'APPRECIATION JUDICIAIRE

107. Le juge qui met en œuvre le contrôle de l'article 1221 du Code civil est tenu d'apprécier l'écart entre l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et le coût que représente cette sanction pour le débiteur de bonne foi. Contrairement à ce qu'il peut faire dans le cadre d'autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité, le juge adopte une approche qui peut tout sauf être qualifiée d'extrême. En effet, cette étape du raisonnement judiciaire ne se caractérise pas par l'absence d'encadrement du juge (A) ou, à l'inverse, par l'absence de marge de manœuvre judiciaire (B).

²⁵² Sur le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 597 et s.

A) L'ABSENCE D'ENCADREMENT DU JUGE

108. Dans certains contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité, l'appréciation de l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité peut être laissée en grande partie dans les mains du juge, lequel n'est en rien guidé dans sa mission. Cette liberté judiciaire doit faire l'objet d'une présentation (1) ainsi que d'une illustration à travers les exemples de la proportionnalité de la résolution et de l'exception d'inexécution (2).

1) La présentation de la liberté judiciaire

109. Liberté dans le jugement de valeur portant sur l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité.- A quoi correspond la liberté judiciaire dans l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité ? À titre liminaire, il faut préciser que l'interrogation ne renvoie pas directement à la problématique du pouvoir souverain des juges du fond²⁵³. Il s'agit ici plutôt d'envisager l'attitude du juge qui apprécie l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité, une telle appréciation aboutissant sur la décision d'appliquer ou non la règle de droit intégrant le contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité.

110. Dans le cadre qui vient d'être décrit, la liberté judiciaire consiste à reconnaître au juge une liberté importante pour juger l'écart objectivement identifié entre les termes du rapport de proportionnalité. A lui de décider que, dans une espèce donnée, l'écart x suffit à appliquer la règle de droit ; aucun jugement ne saurait être porté sur son appréciation, faute d'instruction préalable à son attention. Autrement dit, le juge bénéficie ici d'une autonomie, au sens propre du terme, qui le conduit à formuler lui-même les termes de son appréciation.

111. Facteurs de reconnaissance d'une liberté judiciaire.- Quand est-ce que le juge bénéficie de cette liberté quant à l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité ? Assez logiquement, l'autonomie apparaît lorsque le juge n'est pas

²⁵³ Sur laquelle, dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 662 et s.

soumis à des normes d'appréciation formulées par ailleurs. Il en va surtout ainsi lorsque le contrôle à opérer n'est pas directement envisagé par un texte normatif. Quand un contrôle est nommé, il existe souvent une restriction des éléments que le juge doit considérer, mais aussi une indication plus ou moins explicite sur son attitude au moment d'apprécier l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité. A l'inverse, lorsque le contrôle est innommé, le juge est bien plus libre quant à la conduite du contrôle et peut même ne pas le faire apparaître distinctement, ce qui rend le travail de systématisation autrement plus délicat. Au-delà, il arrive que le contexte du contrôle ne soit pas de nature à fournir des indications précises quant au jugement à porter sur l'écart entre les termes.

112. La rançon de la liberté judiciaire en matière d'appréciation de l'écart entre les termes confrontés est forcément une incertitude quant à la décision du juge. Partant, il faut relever que l'incertitude judiciaire n'est pas l'apanage des contrôles d'ordre qualitatif²⁵⁴.

2) L'illustration de la liberté judiciaire : la proportionnalité de la résolution et de l'exception d'inexécution

113. Contrôles judiciaires de la résolution et de l'exception d'inexécution.- Les sanctions de l'inexécution du contrat constituent un terrain privilégié pour l'observation de contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité²⁵⁵. Le caractère innommé de certains d'entre eux n'est toutefois pas sans engendrer des difficultés d'appréhension, comme le montrent les contrôles exercés par le juge en matière de résolution et d'exception d'inexécution. Dans certaines de leurs manifestations, ces contrôles illustrent la liberté judiciaire quant à l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité.

114. En matière de résolution et d'exception d'inexécution, le contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité emprunte des chemins similaires qui ne s'explique toutefois

²⁵⁴ V. *supra* n° 68.

²⁵⁵ V. G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *JCP G* 2021, 502.

pas par une proximité notionnelle entre les deux sanctions de l'inexécution²⁵⁶. La résolution pour inexécution²⁵⁷, dont le régime est désormais prévu aux articles 1224 et suivants du Code civil, s'entend généralement comme « l'anéantissement en principe rétroactif d'un contrat synallagmatique (...) »²⁵⁸. L'exception d'inexécution, quant à elle, peut être définie comme le « moyen de défense de bonne foi offert à quiconque est obligé en vertu d'un rapport synallagmatique sans être tenu d'exécuter le premier, et qui consiste à refuser la prestation due jusqu'à l'accomplissement de la contre-prestation incombant à l'autre partie »²⁵⁹. Le développement de l'exception d'inexécution a été fort justement qualifié de « progressive conquête »²⁶⁰ : alors que le Code civil de 1804 ne la consacre qu'en certaines circonstances, la jurisprudence l'a généralisée et elle est désormais consacrée dans le Code civil à l'article 1219 du Code civil pour l'exception d'inexécution avérée et à l'article 1220 du Code civil pour l'exception d'inexécution anticipée²⁶¹.

115. Les deux sanctions sont soumises au contrôle du juge, alors même qu'elles peuvent être rangées parmi les sanctions extrajudiciaires – forcément pour l'exception d'inexécution, potentiellement pour la résolution pour inexécution. C'est à l'occasion de cet examen judiciaire qu'est réalisé un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité. Il faut noter que ce contrôle est innommé dans les deux cas, les dispositions du Code civil avant comme après la réforme étant muettes à ce sujet, et qu'il repose pour les deux sanctions – là se trouve la proximité précédemment évoquée – sur l'exigence d'une inexécution « suffisamment grave ». L'article 1224 du Code civil pose comme condition à

²⁵⁶ Même si une exception d'inexécution qui se prolonge, et dont les effets se consolident, prend les atours d'une résolution.

²⁵⁷ Sur laquelle, v. en général Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit.

²⁵⁸ Association Capitant et G. Cornu (dir.), *V° « Résolution »*, in *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

²⁵⁹ R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non aimpleti contractus) et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, op. cit., p. 440. Sur l'exception d'inexécution, v. également J.-F. Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, op. cit. ; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, op. cit. ; J. Ghestin, « L'exception d'inexécution, Rapport français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 3 ; W. Dross, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2013, p. 1 ; O. Deshayes, *V° « Exception d'inexécution »*, in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016 ; Th. Genicon, « L'exception d'inexécution », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson et S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil - Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, 2018, p. 309.

²⁶⁰ J. Mestre, « Le contrôle judiciaire de l'exception d'inexécution », *RTD civ.* 1986, p. 591.

²⁶¹ Sur la relation entre les sanctions de l'inexécution et l'anticipation de l'inexécution, v. not. H. Juillet-Régis, « Nouveau droit commun des sanctions contractuelles et risque manifeste d'inexécution : *quid* de la résolution et de la réfaction anticipées ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 991.

la résolution judiciaire et unilatérale la démonstration du caractère suffisamment grave de l'inexécution, et l'article 1219 du Code civil en fait de même pour l'exception d'inexécution avérée²⁶². Il n'y a rien d'innovant ici, puisque les juges l'exigeaient déjà pour la résolution du contrat²⁶³ et l'exception d'inexécution²⁶⁴. Un auteur a particulièrement mis en évidence le fait que cette exigence d'une inexécution suffisamment grave est l'occasion pour le juge d'adopter une approche pragmatique en matière de résolution²⁶⁵, tout comme en matière d'exception d'inexécution²⁶⁶. C'est en examinant le caractère adéquat et opportun de la sanction envisagée, pour répondre à l'inexécution litigieuse, que le juge accepte qu'elle soit prononcée par lui ou, le cas échéant, par le créancier. C'est particulièrement l'examen du caractère opportun de la sanction qui est l'occasion d'effectuer un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité puisqu'il s'agit pour le juge d'examiner les conséquences de la sanction litigieuse et de les confronter à l'inexécution reprochée.

116. Contrôle de la proportionnalité de la résolution et de l'exception d'inexécution.- Le fait que les contrôles précités soient innommés complique l'analyse de leurs modalités. Concernant le contrôle mis en œuvre en matière de résolution, les auteurs, systématisant la jurisprudence, s'accordent pour dire que le juge doit « s'assurer qu'il y a une certaine proportionnalité entre le défaut d'exécution et la sanction consistant à faire disparaître rétroactivement le contrat »²⁶⁷. Au-delà, toutefois, il y a une réelle diversité dans l'exercice du contrôle : l'intérêt général ou des tiers au contrat peut justifier que celui-ci ne soit pas anéanti²⁶⁸, tout comme l'intérêt du débiteur notamment s'il a effectué des

²⁶² L'article 1219 du Code civil a trait à l'exception d'inexécution pour inexécution avérée, l'article 1220 du même Code étant, quant à lui, relatif à l'exception d'inexécution par anticipation qui pose comme condition que les conséquences de l'inexécution soient suffisamment graves.

²⁶³ V. par ex. Com., 3 février 2009, n° 08-15.307, *JCP G* 2009, I, 138, note P. Grosser : « [a]ttendu que le manquement par le vendeur à ses obligations (...) peut, pourvu seulement que ce manquement soit d'une gravité suffisante, justifier la résolution de la vente ».

²⁶⁴ V. par ex. Com., 16 juillet 1980, n° 78-15.956 : « attendu qu'en statuant ainsi sans avoir recherché si le vendeur avait exécuté ses obligations et si, le cas échéant, son inexécution était d'une gravité suffisante pour affranchir l'acheteur de ses obligations corrélatives, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

²⁶⁵ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 433 et s., p. 313 et s.

²⁶⁶ Th. Genicon, « L'exception d'inexécution », *préc.*, spéc. p. 321.

²⁶⁷ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 6^e éd., PUF, 2021, n° 1033, p. 800.

²⁶⁸ V. par ex. Civ. 3^e, 22 mars 1983, n° 81-13.508, *RTD civ.* 1983, p. 165, obs. J. Mestre : la Cour de cassation rejette le pourvoi qui avançait l'idée selon laquelle « les juges du fond, pour rejeter une demande en résolution d'une vente, ne peuvent se fonder que sur des considérations qui relèvent, soit du débiteur, soit du créancier, qu'en retenant essentiellement les intérêts de tiers – fussent-ils créancier du vendeur – pour débouter ledit vendeur de sa demande en résolution, la Cour d'appel a derechef violé l'article 1184 du Code civil ».

investissements considérables²⁶⁹ ou encore si la relation contractuelle a un caractère vital pour lui²⁷⁰. Concernant le contrôle mis en œuvre en matière d'exception d'inexécution, son existence même est discutée²⁷¹ : à ceux qui rejettent toute dose de proportionnalité au nom de la fonction comminatoire de l'exception d'inexécution²⁷², s'opposent ceux qui considèrent, au nom de la bonne foi contractuelle, que « [l]a réplique ne doit pas être disproportionnée au mal »²⁷³. S'il est possible de soutenir que le débat n'est pas clos par l'étude de la jurisprudence antérieure à la réforme et par les textes issus de cette réforme²⁷⁴, il faut toutefois noter que le *Rapport au Président de la République* semble trancher en faveur de la proportionnalité de la sanction²⁷⁵. Deux voies sont alors susceptibles d'être empruntées par le juge pour déterminer si une inexécution est suffisamment grave²⁷⁶ : soit la gravité de l'inexécution s'apprécie intrinsèquement, soit elle s'apprécie à l'aune de ses modalités et effets. L'examen de la jurisprudence montre que les juges du fond, qui disposent ici d'un pouvoir souverain d'appréciation²⁷⁷, se sont engagés sur la seconde voie²⁷⁸. En la matière donc, « on compare les deux inexécutions et on recherche si l'exception n'apparaît pas comme une sanction exagérée eu égard à l'importance du manquement incriminé »²⁷⁹.

117. Caractère quantitatif des contrôles de la résolution et de l'exception d'inexécution.- L'absence d'assise légale au contrôle contribue à la dissimulation du raisonnement judiciaire. Dans certaines hypothèses, toutefois, il est possible d'imaginer que le juge est animé par un raisonnement d'ordre quantitatif : à la mesure des conséquences de l'inexécution est comparée la mesure des conséquences de la sanction. Par exemple, en matière de résolution, lorsque le juge écarte la sanction demandée par le

²⁶⁹ V. par ex. Com. 7 juillet. 1987, n° 85-16.976 : la demande en résolution formulée par le créancier est rejetée par les juges malgré l'inexécution caractérisée en l'espèce, notamment dans la mesure où le projet avait nécessité du débiteur des investissements importants.

²⁷⁰ V. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 518 et s., p. 368 et s.

²⁷¹ Sur ce débat, v. not. Th. Genicon, « L'exception d'inexécution », *préc.*, p. 318 et s.

²⁷² V. par ex. C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, *op. cit.*, n° 326 et s., p. 295 et s.

²⁷³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 770, p. 862.

²⁷⁴ En ce sens, v. Th. Genicon, « L'exception d'inexécution », *préc.*, p. 321 et s.

²⁷⁵ *Rapport au Président de la République*, *préc.*, p. 30.

²⁷⁶ V. not. O. Deshayes, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », *RDC* 2014/4, p. 654.

²⁷⁷ V. par ex. Com., 29 janvier 2013, n° 11-28.576.

²⁷⁸ V. not. N. Cuzacq, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *LPA* 7 mai 2003, p. 4

²⁷⁹ H. Roland, B. Starck et L. Boyer, *Obligations*, t. 2, 4^e éd., Litec, 1993, n° 1721, p. 722.

créancier en raison des investissements importants effectués par le débiteur²⁸⁰, il est difficile de croire qu'il envisage ces investissements de manière abstraite. Bien plutôt, il devrait sans doute essayer, avec l'appui des parties, de quantifier ces investissements afin de les confronter aux conséquences de l'inexécution elles-mêmes quantifiées. Dans d'autres hypothèses, le raisonnement d'ordre quantitatif est plus prégnant encore. Ainsi, en matière d'exception d'inexécution, les juges ont pu paralyser la sanction prononcée par un maître d'ouvrage qui entendait suspendre l'exécution de son obligation de payer la somme de 19 000 euros alors que les malfaçons constatées nécessitaient seulement des travaux de reprise s'élevant à 837 euros²⁸¹.

118. Liberté judiciaire pour apprécier la proportionnalité de la résolution ou de l'exception d'inexécution.- Le caractère innommé du contrôle ne permet pas non plus de donner au juge une grille de lecture quant à l'appréciation de l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité, lorsqu'il entend adopter un raisonnement d'ordre quantitatif. Certes, le juge est contraint de donner une réponse à l'inexécution et la sanction du manquement à l'accord des parties demeure une priorité²⁸². Néanmoins, il ne reçoit pas d'autres indications sur la manière d'appréhender l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité et sur le moment à partir duquel il considère qu'il existe une disproportion entre la sanction et l'inexécution, de sorte que la première ne peut être prononcée. En tout état de cause, quoique dans le respect du principe dispositif, le juge peut décider de sanctionner l'inexécution par une autre sanction que celle sollicitée afin d'assurer le respect de la force obligatoire.

119. Conclusion.- Alors qu'il opère un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité, le juge peut bénéficier d'une réelle autonomie au stade de l'appréciation de l'écart entre les termes confrontés. L'application de la règle de droit dont dépend le contrôle précité est alors en grande partie laissée entre les mains du juge, souvent car il l'a lui-même développé. Les contrôles de proportionnalité pratiqués en matière de résolution du contrat et d'exception d'inexécution rentrent dans ce cadre car le juge n'est pas guidé

²⁸⁰ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 516, p. 336 et s.

²⁸¹ V. par ex. Civ. 3^e, 26 mai 2010, n° 09-15.729. *Adde* not. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n° 93-16.338, *RTD civ.* 1996, p. 592, obs. J. Mestre ; Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, *RDC* 2014/4, p. 654, obs. O. Deshayes ; *CCC* 2016, comm. 184, L. Leveneur.

²⁸² En ce sens, v. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 522, p. 370 et s.

dans le passage d'une situation à l'autre. La solution est radicalement différente lorsque le juge est privé de toute marge de manœuvre dans l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité.

B) L'ABSENCE DE MARGE DE MANŒUVRE JUDICIAIRE

120. A l'inverse de la liberté parfois reconnue au juge lorsqu'il apprécie l'écart séparant les deux termes du rapport de proportionnalité, il est des hypothèses dans lesquelles c'est plutôt un rejet de sa liberté qui est organisé. La présentation de cette négation de la liberté judiciaire (1) doit être suivie de son illustration à travers l'exemple de la rescision pour lésion de la vente immobilière (2).

1) La présentation de la négation de la liberté judiciaire

121. Automatismes de l'appréciation judiciaire.- Alors qu'il opère un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité, il est demandé au juge d'apprécier l'écart qui existe entre les termes confrontés pour en déduire l'application de la règle de droit, qu'il s'agisse d'un principe ou d'une exception. Il se peut que le texte qui prévoit le contrôle précité souhaite automatiser au maximum l'appréciation judiciaire, l'essentiel du travail du juge se trouvant alors dans la mesure des termes précités et de l'écart qui les sépare. Il fait peu de doute ici qu'une négation de liberté judiciaire est organisée et que le contrôle du juge prend une tournure encore plus objective, quasiment mécanique. La démarche du texte qui nierait au juge toute liberté d'appréciation n'est pas neutre : il s'agit d'échapper à l'incertitude que suppose la décision judiciaire, laquelle n'est pas tolérable dans certaines hypothèses identifiées par le législateur. C'est une évidence : le juge ne pouvant de son propre chef limiter dans une telle mesure son appréciation de l'écart qui existe entre les termes du rapport de proportionnalité, seul le législateur y est autorisé, ou les parties lorsque le législateur ne leur retire pas cette prérogative²⁸³.

²⁸³ Sur l'encadrement par les parties de l'appréciation judiciaire de l'écart entre les termes du contrôle de l'article 1221 du Code civil, v. *infra* n° 816 et s.

2) L'illustration de la négation de la liberté judiciaire : la rescision pour lésion de la vente immobilière

122. Unique mission du juge : identifier la lésion des sept douzièmes.- Pour illustrer la négation de la liberté judiciaire au stade de l'appréciation de l'écart entre les deux termes confrontés, l'exemple de la rescision pour lésion de la vente immobilière est particulièrement éclairant²⁸⁴. En principe, comme le rappelle l'article 1168 du Code civil, les contrats lésionnaires ne peuvent être remis en cause : « [d]ans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Par exception, les articles 1674 et suivants du Code civil – dans la continuité de la lésion d'outre-moitié de l'Ancien droit ainsi que de la *laesio enormis* du droit romain – évoquent la rescision de la vente immobilière pour cause de lésion : « [s]i le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente »²⁸⁵. Même si la mise en œuvre de la rescision pour lésion en matière immobilière suscite de nombreuses questions, seule importe pour le présent propos sa logique proprement mécanique. Le contrôle du prix de la vente immobilière confié au juge est assurément un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité – les termes antagonistes étant le prix convenu dans le contrat et le prix réel du bien vendu –, d'ordre quantitatif – le juge confrontant deux termes commensurables –, et niant tout pouvoir d'appréciation judiciaire quant à l'écart qui existe entre les deux termes. En effet, le juge peut seulement constater un écart de plus de sept douzièmes entre le prix convenu et le prix réel du bien pour appliquer la règle de droit ou ne pas constater un tel écart pour laisser en l'état la vente litigieuse. En aucun cas il ne peut s'aventurer à maintenir le contrat en l'état alors qu'une disproportion des sept douzièmes existe et qu'elle est avancée par le vendeur, de la même manière qu'il ne peut remettre en cause le contrat alors que la disproportion requise n'est pas caractérisée en l'espèce.

123. Conclusion.- Lorsqu'il opère un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité, le juge peut se voir confier par le législateur un rôle d'automate, comme

²⁸⁴ Sur la question, v. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 12^e éd., LGDJ, 2022 n° 207 et s., p. 172 et s. ; J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, n° 138 et s., p. 140 et s. Sur la notion de lésion en général, v. G. Chantepie, *La lésion*, LGDJ, 2006.

²⁸⁵ Art. 1674 C. civ.

l'illustre l'exemple de la rescision pour lésion dans la vente immobilière. Cette négation de la liberté judiciaire dans l'appréciation de l'écart qui sépare les termes du rapport de proportionnalité vise à assurer une certaine prévisibilité de l'intervention judiciaire.

124. Conclusion du paragraphe.- Quand il s'agit de considérer l'appréciation judiciaire de l'écart qui sépare les deux termes confrontés dans un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité, deux approches extrêmes s'opposent. Soit le juge est privé de tout pouvoir d'appréciation : il lui est simplement demandé de vérifier si l'écart identifié par le législateur pour l'application de la règle de droit est présent en l'espèce. Soit le juge est doté d'un très large pouvoir d'appréciation : le silence du législateur permet au juge de faire preuve d'une grande autonomie pour dire si l'écart entre les termes confrontés est de nature à entraîner l'application ou non de la règle de droit. Lorsqu'il opère le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil, le juge ne semble pas être privé de tout pouvoir d'appréciation tout comme il ne paraît pas bénéficier d'une liberté totale dans sa démarche. Ainsi, à ces approches extrêmes, il faut préférer une approche modérée de l'appréciation judiciaire de l'écart entre les termes confrontés.

§2 L'APPROCHE MODEREE DE L'APPRECIATION JUDICIAIRE DANS LE CADRE DU CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEEE

125. Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée se distingue en ce qu'il adopte une approche modérée de l'appréciation judiciaire de l'écart qui sépare les deux termes confrontés. L'article 1221 du Code civil entend trouver une voie médiane entre le trop et l'absence de liberté judiciaire. Tout en disposant d'une liberté d'appréciation, le juge qui exerce le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée est invité à observer une certaine retenue, laquelle est suggérée par le texte (**A**) et le contexte (**B**) du contrôle.

A) LA RETENUE SUGGEREE PAR LE TEXTE DU CONTROLE

126. Les termes de l'article 1221 du Code civil consacrant le contrôle de l'exécution forcée invitent le juge à la retenue lorsqu'il apprécie l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité : il ne doit pas être trop prompt à écarter le droit à l'exécution forcée dont bénéficie le créancier victime de l'inexécution. En effet, même si la lecture de la disposition laisse entendre une absence de contrainte directe sur le juge (1), sa lettre évoque une contrainte indirecte (2).

1) L'absence de contrainte directe sur le juge

127. Silence du législateur quant à l'écart permettant de d'exclure le droit à l'exécution forcée.- La lettre de l'article 1221 du Code civil ne semble pas priver le juge de tout pouvoir d'appréciation concernant l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité à la différence d'autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité, par exemple celui de la lésion dans la vente immobilière²⁸⁶. Le texte instaurant un contrôle de l'exécution forcée n'indique pas au juge une disproportion à constater pour l'application de la règle de droit, ici le rejet de la demande d'exécution forcée. *A priori* donc, le pouvoir judiciaire ne semble pas contraint et le juge qui apprécie l'écart entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée bénéficie d'une *liberté certaine*.

2) La contrainte indirecte sur le juge

128. Suggestion du législateur quant à l'appréciation de l'écart entre l'intérêt et le coût de l'exécution forcée : recours au standard juridique.- Même si la lettre de l'article 1221 du Code civil n'évoque pas de contrainte directe sur le juge, elle ne lui donne pas une *liberté totale* dans l'appréciation de l'écart entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée. En vérité, la lettre du texte envisage une contrainte indirecte sur le juge puisque celui-ci doit s'assurer que l'écart en cause est suffisamment grand pour faire apparaître une « disproportion », laquelle doit *en plus* être « manifeste »²⁸⁷.

²⁸⁶ V. *supra* n° 122.

²⁸⁷ Sur le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 597 et s.

129. Le texte a ainsi recours à la technique du standard²⁸⁸, c'est-à-dire « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant »²⁸⁹. Il a été relevé que cette technique a fait l'objet d'une utilisation importante dans l'ordonnance du 10 février 2016²⁹⁰ ; il y aurait un pullulement des standards en droit des contrats. Or chaque recours à la technique standard juridique est une occasion de donner une place plus importante au juge dans la relation contractuelle²⁹¹.

130. Il peut paraître quelque peu paradoxal d'envisager une technique qui place en son centre le juge comme un moyen de contraindre son appréciation, ne serait-ce qu'indirectement. En vérité, il est possible de constater dans la lettre de l'article 1221 du Code civil le recours à la technique standard *et* une contrainte indirecte sur le juge dans la mesure où ce recours présente une spécificité. En effet, le texte fait usage d'une technique spéciale qu'un auteur a désigné comme une « superposition de standards »²⁹². La juxtaposition de standards permettrait ainsi d'encadrer l'appréciation judiciaire dans le sens, en pratique, d'une restriction de cette appréciation. Il est important de relever que cet auteur envisageait alors les anciens articles L.313-10 et L.341-4 du Code de la consommation qui avaient trait au caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution, désormais évoqué à l'article 2300 du Code civil et qui

²⁸⁸ Sur laquelle, v. le travail de référence de S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, préf. P. Weil. Adde le dossier « Les standards juridiques », *Rev. dr. Assas* 2014, n° 9, p. 34 et ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, 3^e éd., PUF, 2018, n° 66 et s., p. 121 et s.

²⁸⁹ Association Capitant et G. Cornu (dir.), *V° « Standard »*, in *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022. Adde C. Bould-Rey, *V° « Standard »*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

²⁹⁰ V. N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 394 ; S. Chassagnard-Pinet, « Le vocabulaire », *RDC* 2016/3, p. 581. Adde A. Joyeux, « Eléments de caractérisation linguistique des standards juridiques : l'exemple de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats », in G. Chantepie et N. Dissaux (dir.), *La stylistique contractuelle*, Dalloz, 2022, p. 79.

²⁹¹ V. L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », préc. Adde les interventions du premier thème de la table ronde « L'office du juge et le contrat », préc.

²⁹² C. Juillet, « Les standards juridiques en droit des sûretés », *Rev. dr. Assas* 2014, n° 9, p. 73, spéc. n° 8, p. 78.

entretient des similitudes avec le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil²⁹³. Or, relève-t-il, « [c]ette superposition de standards tend en réalité à réduire la marge d'appréciation des juges du fond puisqu'une disproportion qui ne serait que relative, et que l'on pourrait hésiter à reconnaître, n'emporte pas la déchéance du créancier à l'endroit de la caution [;] le caractère renvoyant à une sorte d'évidence, le pouvoir des juges du fond s'en trouve considérablement bridé »²⁹⁴. Le recours à cette technique de la superposition des standards au moment de la réforme du droit des contrats n'a pas échappé aux commentateurs, lesquels y voient le moyen d'imposer au juge « une sorte de ligne politique qu'on le met en demeure de tenir »²⁹⁵.

131. L'article 1221 du Code civil, exigeant du juge qu'il caractérise la « disproportion manifeste » de l'exécution forcée entend donc encadrer indirectement son pouvoir d'appréciation, le standard employé par le texte étant qualifié²⁹⁶. Les deux éléments qui le composent suggèrent, individuellement et conjointement, une forme de retenue judiciaire. Ainsi, non seulement le texte évoque les termes qui doivent faire l'objet d'une confrontation, empêchant le juge d'enrichir son contrôle avec d'autres termes²⁹⁷, mais en plus il invite le juge à ne pas écarter l'exécution forcée lorsqu'il constate une simple absence de proportion – entendue ici comme une équivalence – ou une disproportion simple entre les termes confrontés. Le juge peut contredire la volonté du créancier d'obtenir la sanction *in specie* seulement si l'écart entre les termes confrontés présente une importance indiscutable, qui saute aux yeux. Un tel commandement à l'endroit du juge n'est pas particulièrement original et, lorsqu'il est formulé, semble être suivi. Ainsi, dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste du cautionnement, il était remarqué que les juges appliquant les dispositions du Code de la consommation faisaient preuve de retenue dans

²⁹³ V. *supra* n° 54.

²⁹⁴ C. Juillet, « Les standards juridiques en droit des sûretés », préc., n° 8, p. 78 et s.

²⁹⁵ Th. Genicon, intervention à la table ronde « L'office du juge et le contrat », préc., spéc. p. 169.

²⁹⁶ B. Mathieu, « Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique », *JCP E* 2019, 1126, spéc. n° 6.

²⁹⁷ Sans doute est-ce ici la différence la plus déterminante, de ce point de vue, entre le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil et celui imaginé par l'avant-projet d'ordonnance de 2013 qui avait également recours à une superposition de standards. En effet, le texte de 2013 évoquait le « coût manifestement déraisonnable » de l'exécution, laissant au juge une latitude autrement plus importante pour identifier les éléments à prendre en compte par le juge pour décider du prononcé ou du rejet de l'exécution forcée.

la caractérisation de la disproportion manifeste du cautionnement²⁹⁸. Par exemple, il a été jugé que l'engagement de la caution n'était pas disproportionné alors même qu'il correspondait au montant de son patrimoine personnel ; il fallait que cet engagement dépasse ce patrimoine pour être *manifestement disproportionné*²⁹⁹. La réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 ne devrait pas changer cette approche restrictive de la disproportion manifeste³⁰⁰.

132. Conclusion.- Bien que la lettre du texte ne constitue pas une contrainte directe pour le juge qui apprécie l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil, elle n'est pas pour autant silencieuse à ce sujet. Elle indique clairement au juge qu'une *disproportion manifeste* doit être caractérisée et, partant, lui suggère une certaine retenue quant à l'application de la règle que constitue l'exception au droit à l'exécution forcée. Au-delà du texte relatif au contrôle de la disproportion manifeste, c'est son contexte qui invite le juge à observer une forme de modération dans l'exercice de son pouvoir judiciaire.

B) LA RETENUE SUGGEREE PAR LE CONTEXTE DU CONTROLE

133. Certains éléments relevant du contexte du contrôle de l'article 1221 du Code civil viennent suggérer au juge une retenue dans l'appréciation de l'écart entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée. Il s'agit donc d'exposer le contexte dans lequel intervient le contrôle de la disproportion manifeste (1) avant de voir son influence sur l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport (2).

²⁹⁸ En ce sens, v. not. S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaider pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », préc., spéc. n° 10 et s., p. 125 et s. : « [La jurisprudence] considère qu'il y a disproportion si l'engagement de la caution est supérieur au total de son patrimoine et de ses revenus. Cette lecture permet de réduire considérablement la marge d'appréciation dénoncée comme arbitraire » (n° 11, nous soulignons).

²⁹⁹ Com., 28 février 2018, n° 16-24.841, *JCP E* 2018, 1197, note D. Legeais ; *RTD civ.* 2018, p. 1891, obs. P. Crocq : « Qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir la disproportion manifeste du cautionnement aux biens et revenus de la caution au jour où il a été souscrit, laquelle suppose que la caution se trouve, lorsqu'elle le souscrit, dans l'impossibilité manifeste de faire face à un tel engagement avec ses biens et revenus, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » (nous soulignons).

³⁰⁰ En ce sens, v. not. D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n° 166, p. 139.

1) L'exposé du contexte

134. Un contrôle exercé dans la perspective d'une exception au droit à l'exécution forcée.- L'article 1221 du Code civil dispose que « [l]e créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Le texte confie donc en premier lieu un droit d'option au créancier victime de l'inexécution : il faut et suffit que le créancier souhaite la sanction *in specie* de l'inexécution pour l'obtenir, le juge ne pouvant *a priori* apprécier l'opportunité de la mesure. Cette primauté de l'exécution forcée s'explique par l'assimilation généralement faite entre cette sanction et la force obligatoire du contrat dont le caractère fondamental suppose que le créancier dispose d'un droit à la prestation promise³⁰¹. Le juge peut seulement faire échec à la volonté du créancier si l'une des formes d'impossibilité envisagées par l'article 1221 du Code civil est caractérisée³⁰², ou s'il existe une disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction. Ces deux ressources constituent donc des *limites* à la disponibilité de l'exécution forcée pour le créancier. Une précision essentielle doit ici être faite : ces limites doivent être envisagées comme des *exceptions* au principe qu'est le droit à l'exécution forcée³⁰³. Le législateur va même plus loin en réservant le bénéfice de l'exception aux seuls débiteurs de bonne foi, c'est-à-dire à ceux qui n'ont pas méconnu intentionnellement leur engagement³⁰⁴.

135. Rapprochement avec le contexte du contrôle de la clause pénale.- La dernière remarque est l'occasion d'une comparaison et d'un nouveau rapprochement entre le contrôle judiciaire du montant de la clause pénale, admis depuis plusieurs décennies, et le nouveau contrôle de l'exécution forcée. En effet, l'article 1231-5 du Code civil présente une construction similaire à celle de l'article 1221 du même Code : dans un premier temps – alinéa 1 – l'effectivité de la clause pénale est affirmée et ce n'est que dans un second temps – alinéa 2 – que le contrôle du montant de cette clause pénale par le juge est évoqué. Dans les dispositions précitées, les deux temps sont formellement séparés par un mot-outil :

³⁰¹ Sur cette assimilation, v. *infra* n° 220 et s.

³⁰² Sur lesquelles, v. *infra* n° 240 et s.

³⁰³ En ce sens, v. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 549.

³⁰⁴ V. *infra* n° 826 et s.

la préposition « sauf » pour le texte sur l'exécution forcée et l'adverbe « néanmoins » pour celui relatif à la clause pénale. A chaque fois, ces mots-outils marquent le passage du principe à l'exception car ils constituent des « marqueurs exceptifs ordinaires »³⁰⁵, témoignant encore une fois de l'importance de la grammaire dans la composition des textes normatifs³⁰⁶. En somme, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée intervient dans le cadre des exceptions au principe de la primauté de la sanction *in specie*.

136. Eloignement avec le contexte du contrôle de la résolution et de l'exception d'inexécution.- Le dernier constat enrichit la distinction du contrôle effectué dans le cadre de l'article 1221 du Code civil par rapport à ceux intervenant en matière de résolution et d'exception d'inexécution³⁰⁷. En effet, ces contrôles ne sont pas expressément visés par les textes du Code civil, mais bien plutôt intégrés dans les conditions requises pour que ces sanctions soient demandées par le créancier : « l'inexécution suffisamment grave » des articles 1219 et 1224 du Code civil et « les conséquences (...) suffisamment graves » de l'article 1220 du même Code. Une telle place n'est pas sans incidence sur la manière d'aborder les contrôles en question. Le juge n'a pas à envisager la proportionnalité de la sanction comme l'exception à une sanction déjà acquise au créancier, mais bien plutôt comme un aspect des conditions que le créancier doit respecter pour obtenir la sanction. Ce faisant, il existe une différence entre le contrôle de proportionnalité adopté en matière de résolution ou d'exception d'inexécution, et le contrôle de la disproportion manifeste mis en œuvre en matière de clause pénale ou d'exécution forcée³⁰⁸. Il faut donc regretter certaines présentations qui suggèrent que la gravité de l'inexécution pour la résolution ou l'exception d'inexécution et la proportionnalité entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée doivent être rangées parmi les *conditions* de ces sanctions³⁰⁹.

³⁰⁵ J.-M. de Moy, *L'exception en droit privé*, PUAM, 2011, préf. R. Descorges, n° 113 et s., p. 68 et s.

³⁰⁶ V. Th. Genicon, « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016/4, p. 751.

³⁰⁷ V. *supra* n° 113.

³⁰⁸ En ce sens, v. G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *préc.*, spéc. n° 2.

³⁰⁹ V. par ex. Q. Guiguet-Schielé, « L'incompatibilité des sanctions de droit commun de l'inexécution contractuelle », *RTD civ.* 2021, p. 797, spéc. p. 798.

2) L'influence du contexte

137. Du rôle d'exception à l'approche restrictive en général.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée étant envisagé comme une exception au droit à l'exécution forcée du créancier, ce contexte influence nécessairement sa mise en œuvre. Si la qualité « d'exception » n'est pas neutre, il faut notamment admettre – non sans un certain paradoxe – qu'elle vise à protéger la règle qui sert de principe³¹⁰. C'est prioritairement vers l'interprétation qu'il faut se tourner en premier lieu pour envisager la conséquence du qualificatif « d'exception ». En effet, l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*³¹¹ indique à l'interprète qu'il doit contenir l'exception dans le cadre que lui confère le texte afin, justement, qu'elle conserve cette qualité et qu'elle ne conteste pas le statut du principe³¹². Si la maxime a essentiellement trait à l'opération intellectuelle que constitue l'interprétation, il n'est pas exclu d'emprunter sa logique profonde pour réaliser d'autres opérations : il y aurait ici une forme de « déambulation »³¹³ de l'adage. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit d'articuler les règles de droit commun avec celles particulières à certains contrats³¹⁴ : les règles spéciales qui font exception aux règles communes ne doivent pas venir contester le domaine d'application de ces dernières en restant strictement dans leurs cadres spéciaux. Dès lors, l'approche restrictive qui va de pair avec la qualité d'exception doit être prolongée au-delà de l'*interprétation* pour également concerner des opérations telles que l'*application* des textes ou l'*appréciation* des éléments qui sous-tendent l'application des textes. Sans l'adoption d'une telle approche, la cohérence entre les principes et exceptions envisagée par le législateur serait remise en cause.

138. Du rôle d'exception à l'approche restrictive en matière de contrôle de l'exécution forcée.- Dans le cadre de l'article 1221 du Code civil, le juge est amené à réaliser un contrôle d'ordre quantitatif qui suppose, c'est le second temps de l'analyse,

³¹⁰ V. A. Vidal-Naquet, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », in M. Fatin-Rouge et A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions*, Bruylant, 2014, p. 15, spéc. p. 29 et s.

³¹¹ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 1999, v° « *Exceptio est strictissimae interpretationis* », n° 125, p. 231. Adde M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, Essai de méthodologie*, Defrénois, 2012, préf. P.-Y. Gautier.

³¹² Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 408, p. 503 et s.

³¹³ Le terme est emprunté à P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Souriaux, n° 441 et s., p. 396 et s. L'auteur l'emploie pour évoquer le fait qu'un principe peut dépasser les frontières de l'ordre juridique au sein duquel il est né.

³¹⁴ V. *infra* n° 728 et s.

d'effectuer une *appréciation* de l'écart qui sépare les deux termes du rapport de proportionnalité. De la conclusion de cette opération découle le maintien ou le rejet de l'exécution forcée sollicitée par le créancier victime de l'inexécution. Or, comme ce contrôle s'envisage comme une exception au principe du droit à l'exécution forcée, il convient que l'appréciation de l'écart précité soit également placée sous le signe de la restriction. Concrètement, il ne faut pas que le juge soit trop prompt à conclure que l'écart constaté est suffisant pour caractériser une disproportion manifeste entre les termes du rapport de proportionnalité. Le juge adopte déjà une telle attitude dans le cadre d'un autre contrôle disposant du statut d'exception : le contrôle judiciaire de la clause pénale évoqué à l'article 1231-5 du Code civil. Si la consécration de ce contrôle en 1975 et son extension en 1985 ont pu laisser craindre pour la survie de la clause pénale, force est de constater que les juges entendent préserver cet outil de prévision contractuelle et, partant, le principe d'efficacité de la clause pénale.

139. Conclusion.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée n'est pas opéré dans une sorte de vide. C'est lorsqu'il envisage les exceptions du droit à l'exécution forcée que le juge exerce son nouveau pouvoir judiciaire. Ce contexte influence nécessairement l'attitude du juge en l'invitant, comme en matière de clause pénale, à faire preuve d'une réelle retenue. L'exception n'ayant pas pour but de remettre en cause de manière systématique le principe du droit à l'exécution forcée, la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ne devrait pas être une tâche aisée pour le débiteur de bonne foi qui conteste la sanction *in specie*.

140. Conclusion du paragraphe.- La lettre du contrôle ainsi que son contexte plaident en chœur pour que le juge face preuve de retenue dans la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Non seulement l'exigence d'une « disproportion manifeste » l'incite à rechercher un écart très important entre les termes du rapport de proportionnalité, mais le fait que le contrôle étudié soit envisagé comme une exception et non pas une condition du droit à l'exécution forcée appelle une prudence encore plus importante au moment d'apprécier l'écart entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée.

141. Conclusion de la section.- Une fois mesuré l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité, le juge doit l'apprécier afin de dire si la règle de droit qui s'appuie sur le contrôle trouve à s'appliquer. Dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil, ce pouvoir d'appréciation judiciaire ne se caractérise pas par une liberté totale ou encore par une négation de toute liberté. La lettre du texte précité a fait le choix de laisser une certaine marge de manœuvre au juge tout en suggérant que l'application de la règle de droit litigieuse – le fait de rejeter la demande en exécution forcée du créancier – doit intervenir seulement si l'écart entre le coût et l'intérêt de la sanction est important. Le contexte du contrôle vient encore renforcer le caractère restrictif de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. En effet, dans la mesure où ce contrôle relève des exceptions que connaît l'exécution forcée, dotée d'une primauté en droit français, le juge doit aborder son pouvoir avec comme objectif de protéger le principe. Cela se traduit concrètement par une approche restrictive de la disproportion manifeste.

142. Conclusion du chapitre.- La lettre de l'article 1221 du Code civil confie au juge un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Les développements qui précèdent ont démontré que ce contrôle se démarque d'autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité et qui, à ce titre, requièrent du juge qu'il confronte deux termes antagonistes.

143. Le premier signe distinctif du contrôle de l'exécution forcée est qu'il conduit le juge à comparer des termes sur une échelle commune qui est l'échelle monétaire, même si le fait de placer l'intérêt du créancier sur cette échelle exige du juge un effort de valorisation monétaire. Que le contrôle de l'article 1221 du Code civil soit un contrôle d'ordre quantitatif, le juge cherchant alors à mesurer avec précision l'écart entre les termes évoqués avant d'apprécier cet écart, n'est pas sans incidence sur la manière dont le nouveau pouvoir judiciaire est appréhendé. En effet, la dimension quantitative du contrôle lui confère en partie un caractère objectif et l'éloigne ainsi des contrôles d'ordre qualitatif, tel que celui mis en œuvre pour protéger les libertés et droits fondamentaux, qui se caractérisent par un subjectivisme généralisé et qui menacent la sécurité juridique.

144. Le second signe distinctif du contrôle de l'exécution forcée est qu'il entend confier au juge une marge de manœuvre relativement déterminée lorsqu'il doit apprécier

l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité. Le texte et le contexte du contrôle invitent le juge à user de sa liberté d'appréciation tout en préservant le principe de la primauté de l'exécution forcée, de sorte que la caractérisation de la disproportion manifeste devrait être proprement exceptionnelle.

145. L'étude de l'article 1221 du Code civil permet d'avancer sur l'identification du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. En creux des signes distinctifs qui viennent d'être présentés, il est possible de deviner que le contrôle n'est pas envisagé comme un outil à la disposition du juge pour écarter librement l'exécution forcée. La précision sera utile pour envisager les diverses règles de mise en œuvre de la nouvelle exception. A plus court terme, l'identification du contrôle de la disproportion manifeste en jeu permet d'engager la discussion autour de la pertinence de la nouvelle exception à l'exécution forcée.

CHAPITRE 2 : LA PERTINENCE DU CONTROLE

146. La réforme du droit des contrats a consacré un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité là où, auparavant, il n'en existait pas. Les développements qui précèdent ont partiellement mis en évidence l'identité de ce contrôle et ont permis de cerner avec plus d'acuité les contours de l'outil nouvellement confié au juge. Toutefois, ils ne permettent pas de faire l'économie d'un débat sur la pertinence du choix fait par le législateur de relativiser ainsi le droit à l'exécution forcée. Il convient donc désormais de poser la question suivante : la réforme du droit des contrats a-t-elle commis une erreur en admettant cette nouvelle exception à l'exécution forcée ? La réponse à cette interrogation requiert de considérer successivement la possibilité (**Section 1**) et l'opportunité (**Section 2**) du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

SECTION 1 : LA POSSIBILITE DU CONTROLE

147. Est-il possible de soumettre la demande en exécution forcée à un contrôle de la disproportion manifeste ? Répondre à cette question suppose de se tourner vers d'autres ressources que l'article 1221 du Code civil afin de retrouver les traces du contrôle étudié. Le premier temps de l'enquête qu'il convient désormais de mener est historique : en se tournant vers le passé, des manifestations antérieures du contrôle peuvent être découvertes. Le second temps nécessite toujours un voyage, mais dans l'espace cette fois-ci, avec le recours au droit comparé pour déterminer si d'autres systèmes juridiques envisagent un tel contrôle de l'exécution forcée. Ainsi, les enseignements historiques (§1) et comparatistes (§2) établissent qu'il est *possible* de soumettre l'exécution forcée à un contrôle de la disproportion manifeste.

§1 LES ENSEIGNEMENTS HISTORIQUES

148. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée est possible, l'histoire est susceptible de fournir une aide précieuse, quoique non décisive³¹⁵. En contemplant les siècles passés, il convient de poser la question suivante : a-t-il existé un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? L'approche suppose que la sanction étudiée soit à la disposition du créancier victime d'une inexécution contractuelle. Or une telle solution n'est pas en elle-même acquise. La recherche historique repose donc sur deux questions successives et intrinsèquement liées : le créancier peut-il obtenir l'exécution forcée de l'obligation inexécutée et, le cas échéant, sa demande est-elle soumise à un contrôle de la disproportion manifeste ? Ainsi formulé, le problème fait naître une *summa divisio* entre les périodes historiques. D'un côté, se trouvent les périodes n'admettant pas la primauté de l'exécution forcée, comme celles du droit romain et de l'Ancien droit, et qui ne sont pas de nature à établir la possibilité d'un contrôle de l'exécution forcée (**A**). De l'autre, figurent les périodes qui admettent une primauté de l'exécution forcée, comme celle du Code civil et de ses développements, et qui sont de nature à établir la possibilité d'un contrôle de l'exécution forcée (**B**).

A) LE DROIT ROMAIN ET L'ANCIEN DROIT : L'ABSENCE D'UN CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE EXPLIQUEE PAR L'ABSENCE DE PRIMAUTE DE LA SANCTION

149. La suprématie de l'exécution forcée à la veille de la réforme du droit des contrats et la primauté dont elle jouit encore aujourd'hui ne trouvent pas leurs origines dans le droit romain ou dans l'Ancien droit. Pendant ces périodes, l'exécution forcée est très discutée, voire franchement rejetée. Mécaniquement, les sources permettant d'éclairer la question ne font guère état d'un quelconque contrôle de la disproportion manifeste de la sanction. Trop occupés qu'ils sont à envisager la possibilité même de l'exécution forcée, le droit romain

³¹⁵ Il n'est pas exclu que l'absence de mention du contrôle précité dans les sources historiques s'explique davantage par l'inexistence d'exemples consignés dans les sources qui ont traversé les siècles ou encore par le fait que les intérêts qui ont présidé à la consécration du contrôle ne soient pas aussi développés par le passé.

(1) et l'Ancien droit (2) ont, semble-t-il, délaissé l'hypothèse où cette sanction pouvait représenter un coût sans commune mesure avec l'intérêt qu'elle représente.

1) Le droit romain

150. Absence de contrôle en raison de la place contestable de l'exécution forcée dans les différentes périodes du droit romain.- Afin de s'enquérir de la place de l'exécution forcée en droit romain et, partant, constater l'absence de tout contrôle de la sanction, il est nécessaire de considérer successivement l'ancien droit romain, le droit romain classique et le droit du Bas-Empire.

151. Ancien droit romain.- L'ancien droit romain, s'étirant des origines de Rome jusqu'au milieu du II^e siècle av. J.-C., repose sur la procédure des actions de la loi (*legis actiones*). Éminemment formaliste, cette procédure est constituée de deux phases distinctes³¹⁶, la seconde s'achevant éventuellement par la condamnation de la partie défenderesse. Ainsi se pose la question de la teneur de cette condamnation : celui qui ne respecte pas son engagement sera-t-il contraint par le juge (*iudex*) à s'exécuter ou bien seulement à verser à l'autre partie une somme d'argent ? Concernant l'action *legis actio sacramento in rem* – ancêtre de l'action en revendication – la question fut fort discutée dans la mesure où la réponse repose sur une source pouvant *a priori* être interprétée en faveur des deux camps³¹⁷. Malgré tout, il semble bien que le juge saisi ne puisse que condamner celui qui détient indûment la chose à verser une somme d'argent à l'autre partie³¹⁸. Concernant les autres *legis actiones*, le principe de la condamnation pécuniaire ne souffre pas de débat, peu important la matière en jeu³¹⁹. En définitive, l'ancien droit romain ne

³¹⁶ Dans la première phase (*in iure*), les deux parties au différend se présentent devant un magistrat qui vérifie alors que leurs prétentions rentrent dans le cadre des formules existantes, reconnues. Ce n'est que dans la seconde phase (*apud iudicem*) que les éléments de preuve sont véritablement appréciés par un juge (*iudex*) – un simple particulier – et que la partie défenderesse est condamnée ou absoute. Sur cette procédure, v. not. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 11 et s., p. 11 et s.

³¹⁷ V. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, *op. cit.*, n° 10 et s., p. 30 et s.

³¹⁸ *Ibid.*, n° 11, p. 31 et s. qui considère qu'aucune condamnation *in specie* n'était possible dans l'ancien droit romain du fait de l'existence d'une seule procédure d'exécution, laquelle visait le seul paiement de sommes d'argent. V. également J. P. Dawson, « Specific performance in France and Germany », (1959) 57 *Mich. LR* 495, p. 496 et s. qui, tout en retenant la même solution, estime quant à lui que les sources qui évoquaient des condamnations en nature visaient en vérité des manifestations de justice privée.

³¹⁹ *Ibid.*, n° 11.2, p. 33.

semblait pas reconnaître une quelconque place à l'exécution forcée et, par voie de conséquence, aucun contrôle de son caractère manifestement disproportionné.

152. Droit romain classique.- Le droit romain classique, que l'on situe généralement entre le milieu du II^e siècle avant J.-C. et la fin du III^e siècle après J.-C., se caractérise par un certain recul du formalisme. Ce recul ne vise pas le découpage de la procédure en deux phases distinctes, mais plutôt la manière dont les parties expriment leurs prétentions : l'exposé autrefois formel de leurs arguments laisse la place à une présentation autrement plus libre devant un magistrat qui établit alors une formule à destination du juge désigné³²⁰. La même question se pose alors : la partie qui n'a pas respecté son engagement devra-t-elle s'exécuter ou bien s'expose-t-elle seulement au paiement d'une somme d'argent ? Les *Institutes* de Gaius fournissent une réponse des plus claires : « [d]ans toutes les formules qui contiennent la condamnation, cette condamnation est pécuniaire ; si donc nous demandons un corps certain, comme un fonds, un esclave, un habit, le juge ne condamne pas le défendeur à donner la chose même (...), mais à payer l'estimation de la chose »³²¹. « *Omnis condemnatio pecuniaria* » est ainsi la règle qui caractérise la procédure formulaire³²² – ce qui n'exclut pas totalement l'exécution spontanée par le débiteur de la prestation à la suite du constat de son inexécution³²³. La suprématie reconnue à la condamnation pécuniaire fut notamment justifiée par l'autorité plus que relative du *iudex*, dépourvu de tout *imperium*³²⁴. Parallèlement, le pouvoir impérial grandissant, certains magistrats – dotés quant à eux de l'*imperium* – ont commencé à développer une procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem*) au terme de laquelle le défendeur pouvait être contraint d'exécuter la prestation litigieuse, si besoin en ayant recours à la force publique (*manu militari*)³²⁵. Dès lors, qui voudrait présenter la place de l'exécution forcée dans le droit romain classique, devrait retenir qu'aucune place ne lui est reconnue en principe mais, qu'en certaines occasions exceptionnelles, les magistrats ont pu l'admettre. Dans ces

³²⁰ Sur l'ensemble de la procédure, v. not. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 22 et s., p. 17 et s.

³²¹ Gaius, *Institutes*, IV, 48 (traduction M. L. Domenget, *Institutes de Gaius*, éd. A. Marescq, 1866, p. 525).

³²² En ce sens, v. not. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 771 et s. ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000, p. 293.

³²³ Il semblerait même que certaines règles tenant notamment au calcul de la compensation pécuniaire, parfois laissée à la discrétion du demandeur, étaient de nature à encourager l'exécution spontanée de la prestation. En ce sens, v. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil, op. cit.*, n° 16, p. 36 et s.

³²⁴ En ce sens, v. J. P. Dawson, « Specific performance in France and Germany », préc., p. 497 et s.

³²⁵ *Ibid.*, p. 500 et les exemples cités.

dernières hypothèses, force est d'admettre que les sources ne semblent pas faire état d'une quelconque appréciation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. La place grandissante de ces magistrats dotés de l'*imperium* à l'époque du Bas-Empire a forcément conduit à l'amendement relatif de cette présentation.

153. Droit du Bas-Empire.- Le droit du Bas-Empire, qui commence à la fin du III^e siècle pour s'achever au milieu du VI^e siècle, serait plus propice à la condamnation *in specie* grâce au poids des juridictions impériales. En effet, après avoir concurrencé les juridictions ordinaires, elles les ont tout simplement évincées. D'autres éléments abondent dans le sens d'une plus grande place de l'exécution forcée, comme l'avis de Justinien qui considère comme « stupide » (*stultum*) le magistrat qui avait condamné à une seule sanction pécuniaire celui qui n'avait pas affranchi un esclave comme il s'y était engagé³²⁶, ou encore un fragment d'Ulpian qui admet clairement l'utilisation de la *manu militari* pour l'action en restitution d'une chose, tout en donnant à la règle une portée générale³²⁷. Est-ce à dire qu'au cours du Bas-Empire, le créancier victime d'une inexécution du contrat se trouve doté de manière générale d'un droit à l'exécution forcée ? Malgré les éléments qui précèdent, la réponse négative semble s'imposer³²⁸. En effet, nombreux sont les textes du *Digeste* qui demeurent attachés à la *condemnatio pecuniaria*, de sorte que le texte interpolé d'Ulpian semble limité aux seules actions de donner ou de restituer ; le vendeur d'une chose qui ne la délivre pas s'expose seulement à une sanction pécuniaire³²⁹ et celui qui s'engage à faire quelque chose doit indemniser l'autre partie si elle souffre d'un dommage³³⁰. Au-delà de la question de la possibilité de l'exécution forcée, force est de reconnaître qu'il n'est pas fait mention, une nouvelle fois, dans le *Digeste* d'un quelconque contrôle de la

³²⁶ C. 7.4.17 (Justinien).

³²⁷ D. 6.1.68 (Ulpian). Dans la mesure où le *Digeste* est censé compiler les textes juridiques qui seraient antérieurs au règne de Justinien, il est tentant d'envisager le texte comme une preuve d'un droit à l'exécution forcée en droit romain classique. Il n'en est rien : la mention du recours à la *manu militari* a été rajoutée par les compilateurs qui entendaient mettre en conformité le texte avec la pratique des tribunaux impériaux. En définitive, le texte renseigne bien sur l'état du droit au moment de la compilation mais non au moment de sa première rédaction par Ulpian. Sur la question, v. not. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., p. 773.

³²⁸ Dans ce sens, v. not. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., p. 773 ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, op. cit., n° 21, p. 41 et s.

³²⁹ D. 19.1.1 (Ulpian).

³³⁰ D. 42.1.13.1 (Celse).

disproportion manifeste de l'exécution forcée dans les rares hypothèses où elle semble admise.

154. En définitive, ce regard sur le droit romain permet de réfuter toute présentation qui voudrait que l'exécution forcée se soit « tardivement imposée en droit romain »³³¹. La sanction est connue et admise, certes, mais en aucun cas elle ne s'impose comme elle l'a fait à la veille de la réforme du droit des contrats en France. Est-ce à dire que, lorsqu'elle est admise, l'exécution forcée est absolue ? Existait-il un contrôle de la disproportion manifeste qui n'aurait pas été consigné ? L'inexistence d'un tel contrôle s'explique-t-elle tout simplement par le fait que jamais les juristes romains n'avaient eu à connaître d'une exécution forcée manifestement disproportionnée ? Il est impossible d'opter sans hésitation pour l'une de ces solutions de sorte qu'il vaut mieux, par prudence, conclure à l'aide très relative du droit romain dans la quête d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée plutôt qu'à l'inexistence certaine de ce contrôle³³².

2) L'Ancien droit

155. Hésitations quant à l'octroi de l'exécution forcée et du contrôle de la sanction.-
À l'instar du droit romain, l'Ancien droit paraît rétif à toute systématisation quant à la question de l'exécution forcée. Pouvait-il seulement en aller autrement dans la mesure où ses fondations, le *Digeste* redécouvert par les docteurs de Bologne, faisaient elles-mêmes apparaître nombre d'incohérences³³³ ? Glossateurs, commentateurs et auteurs plus tardifs tels que Pothier se sont ainsi succédés pour tenter de mettre un semblant d'ordre entre ces textes, quitte parfois à s'en écarter de manière substantielle, en proposant des distinctions que les compilateurs n'avaient pas envisagées.

³³¹ W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 701, spéc. n° 4.

³³² Cela ne signifie en rien que la présentation du droit romain fut surabondante : outre le fait que celle-ci permet de nuancer « l'ancestralité » de la primauté de l'exécution forcée, elle est également l'occasion de voir en quoi les évolutions politiques, sociales et économiques sont susceptibles d'influencer la place respective des différentes sanctions de l'inexécution du contrat (en ce sens, v. not. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 22, p. 41).

³³³ Pour une vue d'ensemble de l'exécution forcée dans l'Ancien droit, v. not. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, *op. cit.*, n° 24 et s., p. 44 et s.

156. Glossateurs.- Chez les glossateurs, une grande majorité des auteurs considère que le vendeur qui ne livre pas la chose promise peut se libérer en versant à l'acquéreur une somme d'argent³³⁴. Seul Martinius s'opposa à cette vue en arguant, notamment, que celui qui achète du pain alors qu'il se meurt de faim n'a que faire d'une somme d'argent. Cet égard pour la prestation prévue par le contrat est avant-gardiste, tant il se retrouve chez les auteurs contemporains défendant le droit à l'exécution forcée³³⁵.

157. Commentateurs.- Chez les commentateurs, la première analyse à traverser les siècles fut celle de Bartole qui proposa une *summa divisio* entre les obligations de donner (*dare*) et celles de faire (*facere*)³³⁶. Alors que dans la première hypothèse le débiteur pouvait être forcé d'exécuter la prestation due, seule une condamnation pécuniaire serait envisageable dans la seconde dans la mesure où, selon le commentateur, les obligations de *dare* se caractérisent par leur certitude et celles de *facere* par leur incertitude. Si la *summa divisio* sera utilisée par Bartole pour envisager plusieurs situations factuelles précises, l'obligation de faire issue d'un accord contractuel ne pouvait à ses yeux donner lieu qu'à des dommages-intérêts. Plus de deux siècles après Bartole, le Président Favre apporta à son tour sa pierre à l'édifice toujours instable³³⁷. Celui à qui est attribué l'adage « Nul ne peut être contraint de faire quelque chose » (*Nemo ad factum cogi praecise potest*³³⁸) ne pouvait qu'être un pourfendeur de l'exécution forcée. Les difficultés matérielles entourant cette dernière, l'atteinte à la liberté individuelle qu'elle entraîne et, inversement, la commodité de la sanction pécuniaire, sont autant de raisons invoquées par le Président Favre pour justifier son rejet de la sanction. Elles ont même conduit le juriste à ne pas cantonner l'adage aux seules obligations de faire – et ce malgré l'emploi du terme « *factum* » – dans la mesure où toute obligation de donner contiendrait une certaine action de la part du débiteur. Si la faveur au débiteur formulée par le Président Favre fut admise par certains, d'autres, notamment Vinnius, entendaient renouer avec l'exécution forcée des obligations de donner (*dare*) et admettaient la même sanction lorsque l'obligation de faire en cause n'appelait pas

³³⁴ *Ibid.*, n° 26, p. 46.

³³⁵ V. par ex. W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700, spéc. n° 3.

³³⁶ Pour une vue d'ensemble de l'apport de Bartole sur la question de l'exécution forcée, v. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, *op. cit.*, n° 28 et s., p. 47 et s.

³³⁷ Pour une vue d'ensemble de l'apport du Président Favre sur la question de l'exécution forcée, v. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, *op. cit.*, n° 34 et s., p. 54 et s.

³³⁸ Sur lequel, v. not. J. Genicon, *De la règle Nemo praecise potest cogi ad factum*, *op. cit.*

des « faits nus et simples » (*merum factum*), c'est-à-dire lorsque l'obligation ne nécessitait pas l'activité physique de l'homme³³⁹. En définitive, comme pour le droit romain, il semble bien impossible d'établir avec certitude la place de l'exécution forcée dans l'Ancien droit. Partant, une nouvelle fois, la recherche de tout contrôle de la disproportion manifeste ne semble guère promise à un grand avenir.

158. Pothier.- L'œuvre de Pothier, systématique, allait-elle réconcilier les divergences passées ? La réponse négative semble s'imposer dans la mesure où, a-t-il été relevé, « [c]hacun (...) trouve ce qu'il cherche » dans l'œuvre de Pothier³⁴⁰. Et pour cause : celui qui parcourt cette dernière peut difficilement établir avec certitude la position de l'auteur vis-à-vis de la possibilité de forcer le débiteur à s'exécuter. Dans son *Traité des obligations*, Pothier témoigne d'un réel attachement à la condamnation pécuniaire dans le cadre des obligations de faire : « [L]orsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il s'est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages & intérêts, faute d'avoir satisfait son obligation »³⁴¹. En revanche, dans son *Traité du contrat de vente*, le jurisconsulte orléanais adhère à une tout autre solution : « [o]n a agité la question, si le vendeur, qui a été condamné à livrer la chose, et qui l'a en sa possession, peut être contraint précisément à la livrer, ou si, sur son refus de la livrer, son obligation et la condamnation doivent seulement se convertir en une obligation et une condamnation de dommages et intérêts. Plusieurs interprètes du droit romain (...) ont été de ce dernier sentiment. (...) L'opinion contraire a aussi d'illustres défenseurs. Je la crois plus véritable, et je pense, qu'en cas de refus par le vendeur de livrer la chose vendue qu'il a en sa possession, le juge peut permettre à l'acheteur de la saisir et de l'enlever, si c'est un meuble ; ou de s'en mettre en possession, si c'est un fonds de terre ou une maison, et d'en expulser le vendeur par le ministère d'un sergent, s'il refusait d'en sortir. (...) Enfin, quant à ce qu'on dit que *Nemo potest cogi ad factum*, et que les obligations qui consistent à faire quelque chose se résolvent *in id quod interest actoris*, je réponds que cette maxime n'a

³³⁹ Pour une vue d'ensemble de l'apport de Vinnius à la question de l'exécution forcée, v. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, op. cit., n° 36 et s., p. 56 et s.

³⁴⁰ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 25, p. 43.

³⁴¹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, éd. Debure-Rouzeau-Montaut, 1764, n° 157, p. 175.

d'application, que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur, *merum factum* ; comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me copier mes cahiers ou de me faire un fossé, il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui, et que son obligation, en cas de refus par lui de l'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages et intérêts »³⁴². Inconciliables, les deux extraits qui précèdent pourraient conduire à ranger Pothier parmi les auteurs précédents : il renseignerait mal sur les hypothèses dans lesquelles l'exécution forcée est possible et, par voie de conséquence, n'envisagerait pas un quelconque contrôle de cette sanction.

159.La poursuite de la lecture du *Traité du contrat de vente* dément la dernière proposition car après avoir admis le principe de l'exécution forcée de l'obligation, Pothier relève que « (...) lorsque le débiteur doit ressentir de l'exécution de son obligation, un dommage beaucoup plus considérable que celui que le créancier peut ressentir de l'inexécution ; il est de l'équité que le créancier en ce cas se contente d'être indemnisé de ce qu'il souffre de l'inexécution, par une condamnation de dommages & intérêts, & qu'il ne puisse contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution précise de l'obligation »³⁴³. Quelque 250 années avant la réforme du droit des contrats, Pothier aurait-il anticipé le nouvel article 1221 du Code civil ? L'exemple qui l'a mené à formuler l'exception au principe de l'exécution forcée pourrait effectivement rentrer dans le cadre du nouveau texte puisqu'il conduit le juge à confronter le coût de l'exécution forcée pour le débiteur avec l'intérêt que représente la sanction pour le créancier : « [i]l y a néanmoins certains cas dans lesquels, pour des considérations particulières, notre décision [de prononcer l'exécution forcée] doit fournir exception ; par exemple, si une personne qui était dans l'intention de démolir sa maison, m'a vendu une certaine poutre ou quelque autre chose faisant partie de cette maison ; (...) si le vendeur, ayant changé d'avis, & ne voulant plus démolir sa maison, refuse de me livrer ces choses, on ne me permettra pas de démolir sa maison pour enlever les choses qu'il m'a vendues qui y sont unies, & son obligation doit en ce cas se résoudre en dommages & intérêts »³⁴⁴. Pour justifier cette exception, Pothier relève « [qu']il y a un

³⁴² R.-J. Pothier, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, éd. Debure-Rouzeau-Montaut, 1762, n° 67, p. 64 et s. *Adde*, du même auteur, *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, éd. Debure-Rouzeau-Montaut, 1764, n° 66, p. 64.

³⁴³ *Ibid.*, n° 67, p. 68.

³⁴⁴ *Ibid.*, n° 67, p. 67.

intérêt public qui s'oppose à la démolition d'un édifice » avant d'ajouter que « c'est ce qui résulte du second précepte du décalogue qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes »³⁴⁵. Si l'absence de références à d'autres sources pour fonder l'exception – contrairement à ce que fait l'auteur pour justifier le principe de l'exécution forcée – est de nature à remettre en cause sa réalité³⁴⁶, il demeure que pour celui qui allait inspirer en tant d'occasions les rédacteurs du Code civil, l'exécution forcée d'une obligation de faire ne pouvait se concevoir absolument lorsqu'elle était à la disposition du créancier.

160. Conclusion.- L'incertitude du droit qui précède le Code civil de 1804 ne permet pas d'observer avec suffisamment de netteté les contours de l'exécution forcée. Ce n'est qu'*in extremis* – quoique de manière incertaine – que se dessine un contrôle de la disproportion manifeste de la sanction. Dans une certaine mesure donc, les conclusions dégagées à l'égard du droit romain valent également pour l'Ancien droit. Les deux périodes historiques confirment ainsi l'intuition formulée *in limine* selon laquelle la recherche d'un contrôle de l'exécution forcée ne pouvait être menée avec succès dans un cadre qui n'offrait pas une place certaine à la sanction. L'examen de l'exécution forcée dans le Code civil de 1804 et à sa suite permet de vérifier l'assertion.

B) LE CODE CIVIL DE 1804 ET SES DEVELOPPEMENTS POSTERIEURS : TRACES
D'UN CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE EXPLIQUE PAR LA PRIMAUTE DE
LA SANCTION

161. Le Code civil de 1804 constitue un tournant en matière d'exécution forcée : non seulement la sanction va acquérir une certaine primauté, mais en plus va apparaître un contrôle de la demande du créancier. L'assertion ne se comprend pas au regard de la lettre du Code civil de 1804 (1), mais bien plutôt au regard de l'interprétation qui en a été faite par la doctrine et certains juges (2).

³⁴⁵ *Ibid.*, n° 67, p. 67 et s.

³⁴⁶ Par la même occasion, l'absence de références antérieures est susceptible de renforcer l'idée précédemment avancée selon laquelle les auteurs antérieurs n'avaient pas eu d'attention pour un contrôle de proportionnalité de l'exécution forcée.

1) La lettre du Code civil de 1804

162. La lettre du Code civil : absence d'un droit à l'exécution forcée et d'un contrôle de la disproportion manifeste.- La lecture du Code civil de 1804 ne laisse planer aucun doute : nulle mention d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cela n'est guère surprenant dans la mesure où le même Code nie au créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire tout droit à l'exécution forcée de la prestation non fournie. Certes, les anciens articles 1143, 1144 et 1184 du Code civil considèrent respectivement que « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement souscrit soit détruit », que « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » et que ce créancier « a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ». Néanmoins, est-ce suffisant pour remettre en cause la lettre de l'ancien article 1142 qui prévoit que « [t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » ? Ce dernier texte, qui refuse toute place à l'exécution forcée lorsque l'obligation est de faire ou de ne pas faire, semble bien hériter de la *summa divisio* de Bartole en partie reçue par le Président Favre et par Pothier. L'héritage est même certain lorsque sont considérés les travaux préparatoires du Code civil : « [l]e motif [de l'ancien article 1142] est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats »³⁴⁷. Une nouvelle fois, l'absence de consécration d'un droit à l'exécution forcée met un terme prématuré à la recherche d'un contrôle de la sanction en question. Autrement dit, ce n'est pas de la lettre du Code civil qu'il faut partir pour constater une manifestation historique du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

³⁴⁷ P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, éd. Videcoq, 1836, p. 232. Rapp. G.-J. Favard, « Rapport » in J.-G. Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. 12, éd. Treutel et Würtz, 1828, p. 433.

2) La doctrine et la jurisprudence postérieures au Code civil de 1804

163. La doctrine : apparition d'un droit à l'exécution forcée.- La possibilité même d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée vient assez paradoxalement de l'attaque menée par la doctrine contre le principe consacré à l'article 1142 du Code civil. Une telle attaque n'est pas le fait des premiers commentateurs du texte, lesquels se contentent de suivre fidèlement les distinctions énoncées pour retenir que « quant à l'obligation de faire, il n'est pas moins vrai qu'on ne peut directement me contraindre à faire ce que je ne veux pas faire »³⁴⁸, que « lorsque l'obligation consiste à faire une chose, le parti pris par le débiteur de ne pas la faire oppose une force d'inertie invincible »³⁴⁹ ou, en somme, que « le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne peut être personnellement contraint de faire ou de ne pas faire »³⁵⁰. Dans le même temps, le rejet de l'exécution forcée par le débiteur est compensé par la mise en avant des anciens articles 1143 et 1144 du Code civil.

164. Ce n'est que plus tardivement que s'opère un changement dans la présentation faite de l'article 1142 précité puisque les auteurs vont lui attribuer un champ d'application autrement plus restreint. En effet, alors qu'il était applicable à toutes les obligations de faire ou de ne pas faire, les commentateurs lui reconnaissent désormais une légitimité seulement dans les hypothèses où « l'exécution ne pourrait être obtenue que par un moyen de contrainte personnelle contre le débiteur »³⁵¹ ou encore « s'il est impossible de concevoir l'exécution forcée sans une violence matérielle exercée sur la personne du débiteur »³⁵². Le changement de perspective est conscient et assumé, certains auteurs considérant que l'ancienne solution « est inacceptable et doit être rectifiée : il ne saurait dépendre de l'inertie, de la mauvaise volonté du débiteur de changer l'objet de la dette »³⁵³. L'adhésion

³⁴⁸ C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. 6, 4^e éd., Warée, 1824, n° 216, p. 230.

³⁴⁹ L.-V.-L.-J. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, Durand, 1857, p. 508.

³⁵⁰ E. Acollas, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, 2^e éd., éd. Germer-Baillière, 1874, p. 793. Adde C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. 2, Gueffier, 1813, p. 37 ; A. Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. 1, Nève, 1819, p. 469.

³⁵¹ C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Durand-Hachette, 1868, n° 489, p. 482.

³⁵² T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Pichon, 1894, n° 135, p. 192.

³⁵³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 590, p. 370.

à ce « renversement de principe »³⁵⁴ de l'ancien article 1142 du Code civil fut presque totale³⁵⁵, les auteurs contemporains à la réforme de 2016 reprenant encore en chœur la distinction entre les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel et celles qui ne le présentent pas. La doctrine, tout en restituant à l'exécution forcée ce qu'elle estime être sa juste place, n'évoque guère le contrôle de la sanction qui devait être absolue pour assurer la meilleure protection possible à la force obligatoire. Pour retrouver une trace de ce contrôle, il est nécessaire de délaisser la lettre du Code civil et ceux qui l'ont commentée pour se tourner vers la jurisprudence.

165. La jurisprudence postérieure au Code civil : consécration d'un droit à l'exécution forcée et manifestations d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- La consécration de l'exécution forcée comme sanction de principe par la doctrine fut progressivement traduite en jurisprudence. De plus en plus de décisions sont venues témoigner de l'adhésion des juges à la restriction du texte aux seules obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel³⁵⁶. Comme la Cour de cassation a pu le retenir, « si, aux termes de l'[ancien] article 1142, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions que *le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature, chaque fois qu'il y a possibilité de l'imposer* »³⁵⁷. Est-ce à dire, pour autant, que le juge a immédiatement refusé d'apprécier l'opportunité de l'exécution forcée et qu'il a accepté de se plier à la volonté du créancier victime de l'inexécution ?

166. S'interrogeant sur la question d'un éventuel contrôle du juge dans le cadre de l'exécution en nature prévue aux anciens articles 1143 et 1144 du Code civil, Cassin y voyant une « grosse question »³⁵⁸, certains auteurs ont considéré que le premier texte, « [e]n

³⁵⁴ G. Cornu, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »* (Essai de lecture d'un titre du Code), Cours de droit, 1977, p. 71.

³⁵⁵ V. not. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 1915, p. 18 où les auteurs jugent que la distinction de 1142 est « inadmissible » et qui retiennent « [qu'e]n principe, le créancier a toujours le droit de réclamer l'exécution *en nature* de l'obligation, *chaque fois du moins qu'il y a possibilité de l'imposer*, en recourant au besoin à la force publique » (les auteurs soulignent). Adde G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Droit des obligations*, t. 1, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des arrêts, 1897, n° 433, p. 390 qui retiennent que « le législateur eût mieux fait de ne pas écrire la disposition de l'art. 1142 ».

³⁵⁶ V. not. Req., 7 juillet 1898, S. 1898, I, p. 520.

³⁵⁷ Cass. civ., 19 janvier 1926, *DH* 1926, p. 115.

³⁵⁸ R. Cassin, *L'inexécution des contrats et ses suites*, Cours de droit civil 1934-1935, p. 306.

conférant au créancier le *droit* de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit, (...) montre bien que le juge est tenu d'ordonner la destruction demandée. La solution est la même pour les obligations de faire »³⁵⁹. D'autres ont soutenu l'opinion inverse³⁶⁰ et, surtout, les juges se sont reconnus un droit de regard sur la requête du créancier³⁶¹. La solution se comprend aisément d'un point de vue technique : à partir du moment où le créancier est tenu de saisir le juge pour obtenir l'application des anciens articles 1143 et 1144 du Code civil, ce juge pouvait-il se contenter d'enregistrer sa volonté sans en apprécier l'opportunité au regard des circonstances de l'espèce³⁶² ? Plus encore, la solution paraît également – et très tôt – être appliquée lorsque le créancier entend forcer le débiteur à s'exécuter lui-même : « [a]ttendu que les articles invoqués du Code civ[il] et particulièrement l'art[icle] 1142, applicable à l'espèce du procès, sont conçus en termes facultatifs qui laissent aux juges le pouvoir d'adopter le mode d'indemnité qui leur paraît le plus juste et le plus favorable à l'intérêt des parties »³⁶³. En somme, l'exécution forcée – lorsqu'elle est possible – ne semble pas, dans un premier mouvement du moins, conçue comme un droit dont bénéficie invariablement le créancier victime de l'inexécution. Pour autant, le contrôle opéré par le juge saisi est-il un contrôle de la disproportion manifeste permettant la confrontation de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée avec le coût de la sanction pour le débiteur ?

167. Le contrôle de la disproportion manifeste dont il est ici question n'est pas le seul outil à la disposition du juge pour refuser l'exécution forcée. L'arrêt admettant le pouvoir d'appréciation des juges lorsqu'est demandé au débiteur de s'exécuter en témoigne : la

³⁵⁹ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 436, p. 475 (les auteurs soulignent). Dans le même sens, v. not. C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, *op. cit.*, n° 503 et s., p. 499 et s.

³⁶⁰ V. not. L.-V.-L.-J. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, *op. cit.*, p. 514 et s. Adde E. Meynial, *La sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, Marescq, 1887, p. 52 et s. ; R. Cassin, *L'inexécution des contrats et ses suites*, *op. cit.*, p. 307.

³⁶¹ V. not. Req., 18 juin 1883, *D. P.* 1884, 5, p. 353 : « Attendu que les termes de l'art. 1144 C. civ. sont facultatifs et qu'il appartient aux juges de décider si les ouvrages construits par contravention à un contrat doivent être ou non détruits ».

³⁶² Un lien peut ainsi être fait avec ce qui a été envisagé en matière de résolution judiciaire, forcément empreinte d'une certaine dimension sociale (v. *supra* n° 116). Dans le même sens, notant que le « mot ["autoriser"] éveille l'idée d'un pouvoir d'appréciation », v. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, éd. Rousseau, p. 155. Adde R. Cassin, *L'inexécution des contrats et ses suites*, *op. cit.*, p. 307 qui déduit le pouvoir d'appréciation de l'ancien article 1142 du Code civil qui contiendrait l'idée que le juge est le représentant de l'intérêt général et qu'il dispose donc d'un pouvoir d'appréciation plus large que celui fixé par le texte.

³⁶³ Req., 20 décembre 1820, *S.* 1819-1821, p. 349 (remise en état à l'issue d'un bail à ferme portant sur deux moulins).

Cour rejette la demande du créancier afin de « prévenir de nouveaux sujets de contestation entre des parties qui plaident depuis plus de sept ans »³⁶⁴. Plus encore, à lire certains auteurs, le débiteur ne pourrait se défaire de l'exécution forcée – effectuée ou payée par lui – en arguant de son excessive onérosité : « [L]es juges doivent-ils ordonner l'exécution de l'obligation ou la destruction de ce qui a été fait en violation de celle-ci, alors même que cette exécution ou que cette destruction devrait nécessiter des frais relativement considérables ? Oui, d'après nous, car si le débiteur subit un préjudice important, c'est à lui-même qu'il devra l'imputer »³⁶⁵. Néanmoins, la jurisprudence permet de soutenir l'hypothèse inverse et, plus encore, d'admettre l'existence d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée fondé sur le coût de la sanction. Il en va déjà ainsi lorsque le créancier entend obtenir la destruction par un tiers de l'ouvrage construit en contravention de l'accord initial des parties³⁶⁶, ou lorsqu'il souhaite être autorisé à faire réaliser la prestation aux dépens du débiteur³⁶⁷ : « la jurisprudence se place à un point de vue pratique et se réserve un pouvoir d'appréciation[, c]ar parfois l'exécution présenterait des inconvénients en entraînant des frais disproportionnés au préjudice »³⁶⁸. Surtout, il en va ainsi lorsque c'est du débiteur lui-même qu'est exigée la prestation en nature. Deux décisions permettent d'en attester, quoiqu'en suivant des chemins différents.

³⁶⁴ Req., 20 décembre 1820, préc.

³⁶⁵ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, op. cit., n° 438, p. 477.

³⁶⁶ V. par ex. Trib. Seine, 5 mai 1913, *RTD civ.* 1913, p. 829, obs. R. Demogue où les juges refusent d'accorder à un preneur la destruction d'un bâtiment érigé par le bailleur et qui constitue un trouble. Demogue relève que « Le tribunal de la Seine (...) a répondu, avec de ce sens pratique qui est le véritable esprit juridique : on ne peut ordonner la démolition, surtout qu'il s'agit de faire disparaître un bâtiment neuf de cinq étages ; une pareille mesure serait disproportionnée avec l'intérêt du litige » (nous soulignons).

³⁶⁷ V. par ex. Lyon, 14 juin 1860, *S.* 1861, 2, p. 163. Il s'agissait dans cette affaire de la remise en état d'un pré à l'issue d'un bail, étant entendu que le créancier réclamait l'exécution de l'obligation en cause par le débiteur ou à ses frais. Les juges ont refusé la demande en mettant en avant les motifs suivants : « Mais attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence que l'art. 1144 donne aux juges la faculté d'accorder ou de refuser cette autorisation ; Que, dans les circonstances particulières de la cause, il ne serait pas équitable de faire remettre les lieux en état, puisque cette remise nécessiterait une dépense bien supérieure à la valeur réelle de toute la propriété, et qu'il serait d'ailleurs impossible, même à l'aide des travaux les plus dispendieux, de remettre le sol dans sa condition de solidité primitive » (nous soulignons).

³⁶⁸ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, op. cit., p. 152. Rapp. R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non aimpleti contractus) et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, op. cit., p. 574 : « Il ne faut pas cependant que pour arriver à la perfection absolue de l'exécution, un contractant ait à accomplir des travaux ou faire des sacrifices pécuniaires d'importance disproportionnée avec l'utilité du but à atteindre (...) » (l'auteur souligne). *Adde* du même auteur, *L'inexécution des contrats et ses suites*, op. cit., p. 308.

168. Dans un premier arrêt³⁶⁹, un constructeur avait effectué des réparations sur une habitation afin de remédier à certaines malfaçons apparues après une première intervention de sa part, sans pour autant les faire disparaître totalement. La Cour de cassation, à l'instar des juges du fond, rejette la demande en exécution forcée formulée par le créancier car « les défauts constatés ne constituent pas des vices nécessitant la réfection des travaux ». Certes, le contrôle qu'il s'agit de mettre ici en lumière est discret et le juge qui aura l'occasion de mettre en œuvre celui évoqué à l'article 1221 du Code civil le fera de manière autrement plus ostentatoire. Cependant, sans invitation législative, une autre formulation plus précise aurait été plus malaisée. Par ailleurs, il est possible de voir une relative similitude entre la formulation employée par les juges dans cette décision et celle qu'ils emploient dans le cadre de la résolution ou de l'exception d'inexécution³⁷⁰. Le juge aurait ainsi exigé hier, dans certaines hypothèses, une inexécution suffisamment grave pour obtenir l'exécution forcée, tout comme il exige aujourd'hui une inexécution suffisamment grave pour obtenir la résolution ou l'exception d'inexécution, une telle exigence étant pour lui l'occasion d'opérer un contrôle de proportionnalité. Comment interpréter ce rapprochement ? D'un côté, au regard de la différence qui existe entre le contrôle de proportionnalité et le contrôle de la disproportion manifeste, il est à craindre que les exemples historiques perdent en pertinence dans la démonstration de la possibilité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. D'un autre côté, en revanche, la pertinence peut être préservée. Il faut ainsi relever que le contrôle de la disproportion manifeste est plus restreint que le contrôle de proportionnalité. Le juge réalisant ce dernier disposant donc assurément des ressources pour effectuer le premier – qui peut le plus, peut le moins. Au-delà, il est possible de noter que la pratique historique du contrôle de proportionnalité pour l'exécution forcée s'explique par le fait que la primauté de cette exception n'était pas encore parfaitement acquise et qu'il était pratiqué au stade de la condition et non pas de l'exception de cette sanction, or c'est une caractéristique du contrôle de la disproportion manifeste que de se développer au stade de l'exception.

169. Dans un second arrêt³⁷¹, il était question d'un contrat de construction qui avait été mal exécuté. Pour répondre aux diverses malfaçons affectant l'immeuble, le maître d'ouvrage avait demandé à l'entrepreneur la réfection de tous les travaux. Les juges du

³⁶⁹ Req., 25 janvier 1904, *D.* 1904, I, 239. Rapp. Civ., 2 février 1904, *D.* 1904, I, 271.

³⁷⁰ *V. supra*, n° 113 et s.

³⁷¹ Req., 23 mars 1909, *Sirey* 1909, I, 552.

fond ont rejeté la demande et préféré attribuer au créancier des dommages-intérêts pour un motif qui n'est pas sans rappeler celui qui anime l'article 1221 du Code civil : « l'arrêt attaqué constate que la réfection demandée nécessiterait la démolition à peu près complète de l'immeuble, et occasionnerait une dépense de beaucoup supérieure au préjudice résultant de la défectuosité desdits travaux ». La Cour de cassation n'a rien eu à redire au raisonnement de la cour d'appel qui « n'a fait qu'user du pouvoir discrétionnaire qui lui appartenait en vertu de l'[ancien article] 1144, C. civ., et que, loin de violer ce texte de loi, elle en a fait, ainsi que de l'[ancien article] 1142 C. civ. du même Code, une exacte application ». L'exercice d'un contrôle judiciaire de l'exécution forcée reposant sur le coût de la sanction *in specie* est autrement plus évident dans cette seconde décision : même si le juge conserve un pouvoir discrétionnaire, il est moins question d'intégrer le contrôle dans l'appréciation de la gravité de l'inexécution du contrat que de l'exercer de manière autonome.

170. Les éléments qui précèdent témoignent du fait qu'il fut un temps où il était admis que le créancier demandât l'exécution forcée de l'obligation *et* que le juge opérât un contrôle de cette sanction reposant sur l'idée de proportionnalité particulièrement orienté sur le coût de la sanction *in specie*. En bref, pour qui regarde l'histoire, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution est *possible*. La postérité de ce contrôle judiciaire de l'exécution forcée est connue : de plus en plus, les juges vont se contenter d'enregistrer la demande en exécution forcée formulée par le créancier victime de l'inexécution, se refusant de contrôler autre chose que la possibilité de la sanction *in specie*.

171. Conclusion.- En définitive, tout en reconnaissant au créancier la possibilité de demander l'exécution forcée dans plus d'hypothèses que ne le suggère la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil, la jurisprudence a su, dans un premier temps du moins, conserver un certain contrôle de la sanction. À l'instar de ce qu'il est amené à faire lorsque sont en jeu les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil, le juge apprécie l'opportunité de l'exécution forcée en vérifiant notamment qu'il n'existe pas de disproportion manifeste entre son intérêt pour le créancier et son coût pour le débiteur.

172. Conclusion du paragraphe.- Plusieurs enseignements peuvent être dégagés des développements historiques qui précèdent. D'abord, et alors même que l'exécution forcée

est très fortement amarrée au droit français des contrats à la veille de sa réforme, il faut admettre que la faveur pour cette sanction est relativement récente. Cela a eu pour conséquence de reléguer au second plan, pendant longtemps, la question du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Ensuite, et surtout, au moment où l'exécution forcée s'imposait en droit français, il semble que le juge ait conservé, pendant un temps, un certain droit de regard sur la demande formulée par le créancier victime de l'inexécution. Or parmi les outils à sa disposition pour apprécier cette demande, figurait un contrôle de proportionnalité qui n'est pas sans rappeler le contrôle de la disproportion manifeste évoqué à l'article 1221 du Code civil. En définitive, pour qui contemplerait le passé, il semble bien *possible* de soumettre l'exécution forcée à un contrôle de la disproportion manifeste. L'assertion pourrait encore être davantage affirmée en portant le regard non pas vers le passé, mais au-delà des frontières hexagonales.

§2 LES ENSEIGNEMENTS COMPARATISTES

173. La méthode comparatiste permet également de nourrir la réflexion relative à la possibilité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Il convient ici de formuler un avertissement pour éviter une méprise quant au recours au droit comparé : il ne s'agit pas de voir l'existence d'exemples étrangers du contrôle précité comme un argument au soutien de l'*opportunité* de l'exception, mais seulement au soutien de sa *possibilité*. Le contraire aurait été éminemment discutable car il est assurément possible de trouver des exemples étrangers d'absolutisme de l'exécution forcée pour soutenir que l'exception est inopportune. Au vrai, les exemples étrangers ont vocation à être examinés pour vérifier la possibilité de l'exception, mais aussi pour identifier le chemin emprunté par les autres systèmes juridiques afin d'y parvenir ou encore pour envisager les questions d'ordre pratique que ces systèmes rencontrent. Pour exposer les enseignements comparatistes, il est de bonne méthode de distinguer les systèmes qui n'admettent pas une primauté généralisée de l'exécution forcée, tels les systèmes de *Common Law* (**A**), de ceux qui admettent une telle primauté (**B**).

A) LES SYSTEMES N'ADMETTANT PAS UNE PRIMAUTE GENERALISEE DE L'EXECUTION
FORCEE : LES SYSTEMES DE COMMON LAW

174. Il peut sembler pour le moins étrange de rechercher des manifestations du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans des systèmes qui n'adhèrent pas à la primauté de cette sanction car ce contrôle suppose une telle primauté, en ce qu'il joue un rôle d'exception³⁷². Toutefois, la recherche peut être réalisée en ce que l'exécution forcée bénéficie dans les systèmes de *Common law* d'une primauté exceptionnelle (1), qui souffre de plusieurs limites, notamment le caractère manifestement disproportionné du coût de la sanction par rapport à son intérêt (2).

1) La primauté exceptionnelle de l'exécution forcée dans les systèmes de
Common law

175. **Différence entre les systèmes de *Common law* et le droit français.-** Evoquer la « primauté exceptionnelle » de l'exécution forcée dans les systèmes de *Common law* peut surprendre. Habituellement, la littérature juridique met en évidence l'originalité du droit français par rapport aux systèmes de *Common law*, le premier conférant à l'exécution forcée un rôle majeur quand ces derniers lui réservent une place résiduelle³⁷³. Néanmoins, l'expression de « primauté exceptionnelle » ne trahit pas tout à fait l'état du droit dans les systèmes de *Common law*, lesquels admettent que le créancier victime de l'inexécution dispose *par exception* d'un droit à l'exécution forcée dans certaines circonstances. En effet, si les juges disposent dans ces systèmes d'un pouvoir discrétionnaire vis-à-vis de l'exécution forcée, un tel pouvoir se trouve encadré par les principes établis par les anciennes décisions en vertu de la règle du précédent ; il en ressort que si ces principes indiquent que le créancier peut demander l'exécution forcée, alors les

³⁷² V. *supra* n°134.

³⁷³ Sur les termes de la divergence entre les systèmes de *Common law* et le système français à ce sujet, v. not. J. P. Dawson, « Specific performance in France and Germany », préc. ; G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, 1988 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. ; S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press, 2012. *Addé* pour une mise en perspective notamment avec le droit allemand, H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers et S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3^e éd., Hart Publishing, 2019, p. 901 et s.

juges conservent leur pouvoir discrétionnaire mais doivent rechercher une raison de ne pas prononcer cette sanction *in specie*³⁷⁴.

176. Place de la primauté exceptionnelle de l'exécution forcée dans les systèmes de *Common law*.- Dans les systèmes de *Common law*, lorsque l'obligation inexécutée par le débiteur ne consiste pas dans le paiement d'une somme d'argent³⁷⁵, le créancier doit en principe se contenter d'une compensation pécuniaire. Il en va autrement seulement si ce créancier démontre que l'octroi de dommages-intérêts ne constitue pas en l'espèce une sanction adéquate³⁷⁶. À l'occasion de la mise en œuvre d'un « *test of adequacy* » permettant de répondre à la question du caractère adéquat des dommages-intérêts, les juges prennent en considération une multitude de facteurs³⁷⁷, notamment la difficulté qu'il y a à mesurer les dommages-intérêts dus, les éventuelles restrictions pesant sur leur obtention, ou encore la possibilité d'obtenir une prestation équivalente par ailleurs. Ce dernier facteur fonde une distinction bien connue en matière de vente : lorsque le bien vendu est unique, notamment s'il s'agit d'un bien immeuble tel qu'un terrain, les dommages-intérêts seront tenus comme inadéquats, alors qu'ils ne le seront pas lorsque le bien en question n'est pas unique, dans la mesure où il pourrait facilement être acheté auprès d'un autre vendeur avec la somme obtenue en guise de réparation. En somme, lorsque les dommages-intérêts sont inadéquats, le créancier victime de l'inexécution bénéficie d'un droit à l'exécution forcée ; la sanction dispose ainsi d'une « primauté exceptionnelle ».

³⁷⁴ Rapp. J. Cartwright, « Freedom of Contract, Judicial Control, and Remedies for Non-performance: Comparative Reflections from English Law », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 85, spéc. p. 89, lequel évoque l'idée d'une « (*principled*) discretion ».

³⁷⁵ Si l'obligation inexécutée consiste dans le paiement d'une somme d'argent, le créancier bénéficie d'une « *action for the agreed sum* » lui permettant d'obtenir le paiement de la somme convenue (v. not. en droit anglais J. Beatson, A. Burrows et J. Cartwright, *Anson's law of Contract*, 31^e éd., Oxford University Press, 2015, p. 575 et s.).

³⁷⁶ V. not. pour le droit anglais E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, 15^e éd., Sweet & Maxwell, 2015, n° 21-019 et s., p. 1247 et s. ; pour le droit américain E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions*, 2^e éd., Wolters Kluwer, 2011, § 2.1. Rapp. § 359(1) Restatement (Second) of Contracts : « Une exécution forcée ou une injonction ne seront pas ordonnées si des dommages-intérêts seraient adéquats pour protéger l'intérêt positif de la partie lésée ».

³⁷⁷ Pour une énumération de ces facteurs, v. not. pour le droit anglais H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, vol. I – *General Principles*, 34^e éd., 2021, Sweet & Maxwell, n° 30-018 et s., p. 2276 et s. (et les références citées) ; pour le droit américain, v. E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions*, *op. cit.*, § 2.4 et s. (et les références citées).

177. Ce caractère exceptionnel de l'exécution forcée repose sur la distinction classique entre *Common law – stricto sensu* – et *Equity*, et s'explique d'abord d'un point de vue historique³⁷⁸. En effet, à l'occasion du développement du droit anglais, les créanciers victimes d'une inexécution contractuelle pouvaient seulement obtenir des dommages-intérêts de la part des cours de *Common law*. Néanmoins, ces créanciers ont pris l'habitude de saisir le Chancelier qui, suivant moins les règles procédurales comme substantielles des juges de *Common law* que ce que lui dictait sa conscience, pouvait leur accorder l'exécution forcée de l'obligation inexécutée. Cette mise à l'écart des règles de la *Common law* opérée par le Chancelier puis par des cours distinctes n'a pas conduit au renversement du principe de la sanction pécuniaire. Soucieuses de ne pas remettre en question la primauté des juges de *Common law*, les juridictions d'*Equity* ont réservé leur intervention aux seules hypothèses où la rigueur de la *Common law* allait trop à l'encontre de l'idée de justice. Or, très tôt, les juges ont considéré que le fait d'allouer des dommages-intérêts à titre principal ne contrevenait en rien à cette dernière idée dans la mesure où l'argent était conçu comme l'équivalent de tout³⁷⁹.

178. Maintien contemporain de la place exceptionnelle de l'exécution forcée dans les systèmes de *Common law*.- L'unification ultérieure des cours de *Common law* et d'*Equity* n'a en rien entamé la présentation qui précède, les juges semblant toujours attachés à la distinction entre les sanctions de *Common law* et celles d'*Equity*³⁸⁰. Néanmoins, la relative disparition de la justification historique a légitimé le développement d'un débat sur l'opportunité du rejet de principe de l'exécution forcée comme sanction principale, débat convoquant des éléments moraux et économiques. Parallèlement, il a pu

³⁷⁸ En ce sens, v. not. S. Whittaker, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005/1, p. 49, spéc p. 50 et s. ; E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions*, op. cit., § 2.2.

³⁷⁹ V. not. E. Fry, *A Treatise on the Specific Performance of Contracts*, 5^e éd., Northcote, 1911, § 8, p. 5.

³⁸⁰ En ce sens, v. not. S. L. Bray, « The System of Equitable Remedies », (2016) 63 *UCLA L. Rev.* 530, spéc. p. 541 et s.

être constaté en droit anglais³⁸¹, comme en droit américain³⁸², une certaine libéralisation dans l’octroi de l’exécution forcée, à telle enseigne que certains ont pu se demander si la sanction ne se trouvait pas à une sorte de « carrefour »³⁸³, qui pourrait bien conduire à un rapprochement entre les systèmes civilistes et ceux de *Common law*.

179. Ce mouvement n’a d’ailleurs pas échappé à la doctrine française qui y a vu une occasion de critiquer la nouvelle exception prévue à l’article 1221 du Code civil : pourquoi le droit français se rapprocherait-il de la *Common law*, en octroyant au juge un pouvoir de contrôle de l’exécution forcée, alors que les juges anglais ou américains semblent vouloir s’orienter vers la solution française³⁸⁴ ? En vérité, la remarque peut être remise en cause.

180. D’abord, il importe de relativiser la libéralisation évoquée plus haut, notamment en droit anglais, puisque d’autres décisions plus récentes ont témoigné en la matière « d’un retour à un point de vue plus restrictif, quoiqu’avec des justifications plus modernes »³⁸⁵. Comme cela a été relevé, « [i]l y a eu des signes vers la fin du XX^e siècle que les juges seraient prêts à accorder l’exécution forcée lorsqu’elle serait la sanction la plus "appropriée" ou "juste", avec l’idée de protéger l’intérêt du créancier pour la prestation, mais cela ne s’est pas concrétisé »³⁸⁶. La libéralisation constatée vise davantage les hypothèses où les dommages-intérêts seraient perçus comme inadéquats plutôt que le principe même du « *test of adequacy* », qui demeure cardinal et qui justifie que la sanction *in specie* conserve une place exceptionnelle.

³⁸¹ V. not. les décisions *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd* [1974] 1 WLR 576 (le contrat de vente de pétrole pourrait faire l’objet d’une exécution forcée bien que la chose vendue ne soit pas véritablement unique car les caractéristiques du marché au moment de l’inexécution faisaient en sorte que le pétrole vendu fût unique d’un point de vue commercial) et *Beswick v. Beswick* [1986] AC 58 (les divers opinions des juges laissant envisager un nouveau test basé sur le caractère approprié de l’exécution forcée).

³⁸² V. not. les débats entourant la proposition d’amendement rejetée pour le Second Restatement of Contracts suggérant « [qu’u]ne exécution forcée ou une injonction ne sera pas ordonnée si des dommages-intérêts seraient *tout aussi* adéquats pour protéger l’intérêt positif de la partie lésée » (nous soulignons), formulation qui invite à comparer les deux sanctions pour décider de l’octroi de l’exécution forcée (v. (1979) 56 *ALI Proceedings* 375).

³⁸³ A. Burrows, « Specific Performance at the Crossroads », (1984) 4 *Legal Stud.* 102. Adde A. Burrows (dir.), *Principles of the English Law of Obligations*, Oxford University Press, 2015, n° 4.199, p. 380 et s.

³⁸⁴ En ce sens, v. not. Th. Genicon, « Contre l’introduction du “coût manifestement déraisonnable” comme exception à l’exécution forcée en nature », préc., spéc. p. 65.

³⁸⁵ E. Peel, *Treitel on the Law of Contract, op. cit.*, n° 21-018, p. 1246 et les références citées.

³⁸⁶ J. Cartwright, « Freedom of Contract, Judicial Control, and Remedies for Non-performance: Comparative Reflections from English Law », préc., p. 89.

181. Ensuite, la relation suggérée entre le contrôle de l'article 1221 du Code civil et le test précité est également contestable : ces contrôles présentent des physionomies différentes, de sorte qu'il est difficile de voir en quoi le constat du recul de l'un peut être évoqué pour apprécier la place de l'autre. En effet, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée est pratiqué lorsque la sanction est *a priori* acquise au créancier victime de l'inexécution, donc forcément en aval du contrôle du caractère adéquat des dommages-intérêts³⁸⁷. Ainsi, un recul dans la rigueur du « *test of adequacy* » peut seulement signifier que le juge aura plus d'occasions de pratiquer un contrôle de la disproportion manifeste ; il n'y a pas de conséquence sur la vigueur ou la teneur de ce contrôle. Pour savoir s'il existe un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans les systèmes de *Common law* et, le cas échéant, si ce recul est remis en cause, il faut considérer plus avant les limites à l'exécution forcée lorsque la sanction est acquise au créancier.

2) La remise en cause de l'exécution forcée en raison de la disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de la sanction

182. Diversité des exceptions à l'exécution forcée.- Dans les systèmes de *Common law*, « l'exécution forcée est mieux appréhendée de manière négative, c'est-à-dire en examinant les nombreuses restrictions portant sur sa disponibilité »³⁸⁸. En effet, si le créancier qui démontre le caractère inadéquat des dommages-intérêts a en principe droit à l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, la sanction demeure un instrument d'*Equity* restant essentiellement à la discrétion du juge qui a identifié un certain nombre d'exceptions à son prononcé. D'abord, il est des contrats pour lesquels l'exécution forcée ne peut en principe être réclamée : les contrats contenant une obligation à caractère personnel, les contrats dont l'exécution forcée nécessiterait une supervision constante de la cour du fait du caractère continu de l'obligation souscrite, les contrats de construction, les contrats dont les termes seraient trop vagues, les contrats pour lesquels seule une partie pourrait obtenir

³⁸⁷ En ce sens, v. *ibid.*

³⁸⁸ A. Burrows, *Remedies for Torts, Breach of Contract and Equitable Wrongs*, 4^e éd., Oxford University Press, 2019, p. 401.

l'exécution forcée, etc.³⁸⁹ Ensuite, il est des contrats qui ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée non pas au regard de leurs caractéristiques abstraites, mais bien plutôt en prenant en compte les faits de l'espèce³⁹⁰. En effet, le comportement du créancier lors de la conclusion du contrat ou par la suite peut justifier le refus de l'exécution forcée, tout comme l'impossibilité matérielle de la sanction ou encore la tardiveté de la demande formulée par le créancier. Les limites qui viennent d'être visées et qui sont tirées du caractère « *equitable* » de l'exécution forcée en *Common law lato sensu*, ne se retrouvent pas dans le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil et auraient sans doute pu être mobilisées si la réforme du droit des contrats en France avait consacré un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* de l'exécution forcée ou un contrôle de son caractère raisonnable. En vérité, pour trouver une trace d'un contrôle similaire à celui de l'article 1221 du Code civil, il importe de se tourner vers une exception jusqu'ici omise à dessein, celle de l'excessive onérosité de l'exécution forcée.

183. L'exception tirée de l'excessive onérosité de l'exécution forcée- Une des manifestations du caractère « *equitable* » de l'exécution forcée se retrouve dans l'exception tirée de son excessive onérosité. En effet, il est difficilement concevable que le juge d'*Equity*, dont la démarche est essentiellement morale et tournée vers l'idée de justice, prononce l'exécution forcée d'une obligation sans avoir aucun égard pour les conséquences qu'elle pourrait avoir. Néanmoins, un tri s'impose parmi les hypothèses où l'excessive onérosité de l'exécution forcée est susceptible de faire échec à la demande formulée par le créancier³⁹¹.

184. D'abord, il est des hypothèses où le juge n'ordonnera pas l'exécution forcée car celle-ci viendrait concrétiser un contrat manifestement déséquilibré *ab initio*. La démarche du juge vise ici essentiellement à compenser la rigueur de certaines règles de *Common law*

³⁸⁹ V. not. pour le droit anglais E. Peel, *Treitel on the Law of Contract, op. cit.*, n° 21-039 et s., p. 1258 et s. (et les références citées) ; pour le droit américain, v. not. E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4^e éd., Aspen Publishers, 2004, § 12.7, p. 731 et s. ; E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions, op. cit.*, § 3.1 et s. (et les références citées).

³⁹⁰ V. not. pour le droit anglais E. Peel, *Treitel on the Law of Contract, op. cit.*, n° 21.031 et s., p. 1254 et s. (et les références citées) ; pour le droit américain, v. not. E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions, op. cit.*, § 5.1 et s.

³⁹¹ Sur la prise en compte de l'excessive onérosité de l'exécution forcée par les juges de *Common law*, v. déjà Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, n° 307 et s., p. 405 et s. (et les références citées).

stricto sensu en privant d'effet un contrat qui, pour ne pas pouvoir faire l'objet d'une annulation, heurte malgré tout sa conscience³⁹². Par exemple, un contrat obtenu par des moyens que d'aucuns pourraient qualifier d'injustes – mais qui ne rentrent pas dans le cadre des causes de nullité admises – ne saurait faire l'objet d'une exécution forcée³⁹³. De même le juge peut refuser de prononcer l'exécution forcée lorsque l'obligation du débiteur n'a qu'une contrepartie symbolique (« *nominal consideration* ») ou lorsque sa contrepartie n'équivaut pas à sa prestation (« *inadequate consideration* ») et qu'il semble que le créancier a injustement obtenu de tels termes contractuels³⁹⁴. Dans ces hypothèses, c'est la disproportion du contrat initialement conclu qui motive l'intervention judiciaire, les conditions de la conclusion du contrat étant particulièrement scrutées. Comme il sera vu à l'occasion de l'étude du régime du contrôle de l'article 1221 du Code civil, le débiteur ne devrait pas pouvoir invoquer ce contrôle lorsqu'il excipe d'une disproportion qui existait *ab initio*³⁹⁵.

185. Ensuite, et surtout, il est d'autres hypothèses où le juge évoque l'excessive onérosité de l'exécution forcée pour refuser d'ordonner cette sanction, de telles hypothèses se rapprochant davantage de l'exception visée à l'article 1221 du Code civil. En effet, il est classiquement admis dans les systèmes de *Common law* que « l'exécution forcée peut être refusée au motif du grave préjudice qu'elle causerait au défendeur, c'est-à-dire lorsque le coût de l'exécution pour le défendeur est sans proportion aucune avec le bénéfice que cette exécution confèrera au demandeur »³⁹⁶. Dans le même sens, il a été considéré que « l'*Equity* mettra en balance le préjudice causé au défendeur et le bénéfice procuré au demandeur qui

³⁹² V. not. pour le droit anglais E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, op. cit., n° 21.034, p. 1256 ; pour le droit américain, v. not. E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions*, op. cit., § 5.4.1 et s.

³⁹³ V. par ex. *Walters v Morgan* (1861) 3 D.F. & J. 718 : rejet de l'exécution forcée d'un bail portant sur une exploitation minière dans la mesure où le demandeur (créancier) avait pressé le défendeur (débiteur) au moment de la signature du contrat, alors que ce débiteur n'avait pas encore pu déterminer la valeur de son exploitation. *Adde* pour le rejet de l'exécution forcée d'un contrat conclu alors que le débiteur avait commis une erreur insusceptible en *Common law stricto sensu* de conduire à l'annulation du contrat : *Heath v Heath* [2010] 1 F.L.R 610.

³⁹⁴ V. par ex. *Dan Barrow Trading Co., Inc. v Hutchens* 130 P.3d 1247 (Kan. Ct. App. 2006) : rejet de l'exécution forcée d'un contrat de vente portant sur une ferme dans la mesure où le prix de vente représentait seulement 25% de la valeur du bien vendu, l'acquéreur ayant ainsi voulu profiter de la vieillesse des vendeurs âgés de 88 et 92 ans.

³⁹⁵ V. *infra* n° 701.

³⁹⁶ E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, op. cit., n° 21.032, p. 1254. *Adde* S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, op. cit., p. 30 ; G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, op. cit., p. 66.

résulteraient de l'exécution forcée du contrat [; si] le bénéfice procuré au demandeur sera minime et le préjudice causé au défendeur relativement important, l'exécution forcée sera refusée »³⁹⁷.

186. De nombreuses décisions permettent d'illustrer le contrôle mis en œuvre par le juge, étant entendu qu'il importe peu que l'excessive onérosité procède d'un élément ultérieur à la formation du contrat³⁹⁸. Ainsi, dans *Tito v Waddel (No2)*³⁹⁹, il était question d'une obligation de remise en état de terrains présents sur une île à la suite de leur exploitation minière par le défendeur. Le juge refusa d'accéder à la demande d'exécution forcée de ladite obligation dans la mesure où elle entraînerait pour le débiteur un coût extrêmement important – 30 à 50 millions de dollars australiens – tout en conférant au créancier un bénéfice tout relatif – résultats potentiellement visibles d'ici une quinzaine d'années avec un retour à l'état antérieur quasiment impossible. La décision repose sur une logique imparable : « [c]e serait une pure perte de temps et d'argent [de prononcer l'exécution forcée de l'obligation] ; et je ne pense pas que la cour doive, usant de son pouvoir discrétionnaire, ordonner une exécution forcée qui serait futile et cause de gaspillage »⁴⁰⁰. Dans *William W. Gager, Jr., Administrator v Gager and Peterson, LLP*⁴⁰¹, l'administrateur de la succession de l'associé d'un cabinet d'avocats avait demandé l'exécution forcée de l'accord de départ à la retraite dudit associé au terme duquel son nom devait être retiré de la dénomination du cabinet. Le juge rejeta la demande dans la mesure où le créancier retirerait un faible bénéfice d'une telle sanction – nulle confusion entre lui et le cabinet n'était susceptible de lui causer préjudice – alors que le débiteur aurait à engager des sommes considérables pour exécuter son obligation – depuis plusieurs décennies le cabinet était connu sous le nom litigieux, notamment à la suite de l'investissement de sommes importantes pour des campagnes de communication ; abandonner ledit nom nécessiterait d'engager des dépenses importantes et pourrait

³⁹⁷ J. D. Calamari et J. M. Perillo, *The Law of Contracts*, 4^e éd., West Publishing, 1998, p. 620. Adde E. Yorio et S. Theil, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions*, op. cit., § 5.4.2.

³⁹⁸ En ce sens, v. not. I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 6^e éd., Sweet & Maxwell, 2001, p. 196.

³⁹⁹ [1977] Ch 106, spéc. 325 à 328.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, 327 (Megarry V-C).

⁴⁰¹ 820 A.2d 1063 (Conn. App. 2003), spec. 1070.

désorienter la clientèle du cabinet. D'autres décisions, outre-Manche⁴⁰² et outre-Atlantique⁴⁰³, illustrent la volonté des juges de ne pas prononcer l'exécution forcée d'une obligation lorsque cette sanction représente un coût pour le débiteur sans aucune mesure avec son intérêt pour le créancier. Il importe néanmoins de préciser que ce n'est qu'exceptionnellement que les juges refusent d'accéder à la demande du créancier en se fondant sur le motif de son excessive onérosité : il ne s'agit pas de refuser l'exécution forcée d'un contrat qui serait devenu moins profitable pour le débiteur. Le principe demeure, au regard du résultat du *test of adequacy*, que l'exécution forcée est *a priori* acquise au créancier et ce n'est que marginalement que le juge pourra exclure cette sanction. Ainsi, comme pour le contrôle de l'article 1221 du Code civil, le contexte de l'intervention judiciaire est de nature à influencer l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité.

187. Parallèle avec les règles relatives à la sanction d'une obligation de ne pas faire : l'injonction.- Aux côtés des développements consacrés à la *specific performance*, il convient de mentionner les règles relatives à une autre sanction relevant de l'*Equity* : l'injonction (« *injunction* »)⁴⁰⁴. Cette dernière peut être demandée dans la perspective de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire, lorsqu'elle est intégrée dans un contrat. Plus particulièrement, une injonction obligatoire (« *mandatory injunction* ») peut être demandée afin que le débiteur réalise une action positive remédiant à l'inexécution litigieuse⁴⁰⁵.

⁴⁰² V. not. *The City of London v Nash* (1747) 3 Atk. 512 (refus d'ordonner l'exécution forcée de l'obligation de reconstruire plusieurs maisons alors que le débiteur s'était contenté de les réparer ; le juge retient que le débiteur avait dépensé à cette occasion une somme importante – £ 2,200 – et que les réparations avaient remis les maisons dans un très bon état) ; *Hope v Halter* [1900] 1 Ch. 257 (refus d'ordonner l'exécution forcée du contrat de vente d'un immeuble que le locataire occupant utilisait comme une maison close ; imposer à l'acquéreur de devenir le propriétaire de l'immeuble reviendrait à porter atteinte à sa réputation) ; *Patel v Ali* [1984] 1 All ER 978 (refus d'ordonner l'exécution forcée du contrat de vente d'un appartement à cause de l'état de santé et la situation sociale de la venderesse qui ne pouvait se permettre de quitter son habitation actuelle). Adde not. les autres décisions citées par G. Jones et W. Goodhart, *Specific performance*, Butterworths, 1986, p. 78 et s.

⁴⁰³ V. not. *3615 Corp. v New York Life Ins. Co.*, 717 F.2d 1236 (8th Circ. 1983) (refus d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation de remise en état d'un immeuble vendu pesant sur le vendeur ; à la suite d'une inondation, le coût de la remise en état était estimé à \$ 1,125,000 alors que l'immeuble avait été vendu au prix de \$ 35,000) ; *Malley v Malley*, 861 N.Y.S.2d 149 (3rd Dept. 2008) (refus d'ordonner l'exécution forcée d'une convention de divorce prévoyant que l'ex-mari pouvait forcer la vente de la résidence maritale, les fruits de la vente allant à la seule ex-épouse ; une telle sanction ne procurerait à l'ex-mari aucun bénéfice alors qu'elle priverait l'ex-épouse de sa résidence habituelle). Adde les autres décisions citées par E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement : Specific performance and injunctions*, op. cit., § 5.4.2 (note 54).

⁴⁰⁴ Sur laquelle en général, v. not. pour le droit anglais H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, vol. I – *General Principles*, op. cit., n° 30-075 et s., p. 2311 et s.

⁴⁰⁵ S. Rowan, *Remedies for Breach of Contracts*, op. cit., p. 30 et s.

Lorsque le créancier demande une *mandatory injunction*, les règles relatives à la *specific performance* s'appliquent en grande partie, à commencer par celle qui veut que la sanction soit prononcée seulement si une compensation pécuniaire est jugée inadéquate. Plus encore, alors que la compensation précitée semble inadéquate et que le créancier peut *a priori* obtenir l'injonction, le juge pourra refuser d'accéder à sa demande s'il apparaît que les conséquences de la mesure sollicitée sont bien plus préjudiciables pour le débiteur que l'inexécution ne l'est pour le créancier⁴⁰⁶. Il est ainsi demandé du juge qu'il réalise un « *balance of convenience test* », laquelle n'est pas sans rappeler la limite du *hardship* appliquée en matière d'exécution forcée et qui peut également être rapprochée du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil en France. Par exemple, dans la décision *Wrotham Park Estate Co. Ltd. v. Parkside Homes Ltd.*⁴⁰⁷, la demande d'injonction qui consistait dans la destruction de maisons construites en violation d'un contrat fut rejetée car le créancier ne pouvait pas démontrer qu'il souffrait d'un préjudice du fait de cette inexécution. Il faut noter que ce « *balance of convenience test* » n'est pas mis en œuvre par le juge lorsque le créancier demande non pas une injonction obligatoire, mais prohibitive (« *prohibitory injunction* »), laquelle vise l'hypothèse dans laquelle le créancier veut empêcher un manquement futur à l'obligation de ne pas faire⁴⁰⁸.

188. Conclusion.- En définitive, et alors même qu'ils adoptent un point de départ radicalement opposé à celui retenu en droit français, les systèmes de *Common law* présentent un intérêt indéniable dans la recherche de manifestations d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Force est en effet de reconnaître que lorsque la sanction est exceptionnellement à la disposition du créancier dans ces systèmes, le juge peut toujours être amené à l'exclure lorsqu'il estime que le bénéfice procuré au créancier est sans commune mesure avec le préjudice causé au débiteur. Les systèmes de *Common*

⁴⁰⁶ H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts, vol. I – General Principles, op. cit.*, n° 30-077, p. 2312 (et les références citées).

⁴⁰⁷ [1974] 1 W.L.R. 798.

⁴⁰⁸ Même dans ce cas, le juge procède à un « *test of oppression* » qui lui permet de vérifier que l'injonction prohibitive n'est pas demandée alors que le préjudice de l'inexécution à venir semble trivial pour le créancier par rapport au préjudice qu'elle causerait à l'autre partie. V. par ex. *Jaggard v Sawyer* [1995] 1 W.L.R. 269 : l'injonction demandée visait à faire respecter une obligation de ne pas franchir un terrain pesant sur le propriétaire d'une maison voisine ; l'injonction n'est pas prononcée car elle serait oppressive dans la mesure où le non-respect de l'obligation est le seul moyen d'accéder à la maison enclavée

law témoignent ainsi de la *possibilité* du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

B) LES SYSTEMES ADMETTANT UNE PRIMAUTE GENERALISEE DE L'EXECUTION FORCEE : LES SYSTEMES CIVILISTES ET INTERNATIONAUX

189. Si certains systèmes juridiques reconnaissant à l'exécution forcée une place exceptionnelle admettent que le juge pratique un contrôle de la disproportion manifeste, il importe de voir s'il en va de même pour les systèmes confiant à la sanction une réelle primauté. En effet, ces derniers systèmes se rapprochent *a priori* davantage du droit français, lequel reconnaît un droit à l'exécution forcée. L'étude peut être menée en considérant quelques systèmes nationaux civilistes (1), mais aussi des systèmes internationaux (2), mettant en évidence que primauté de l'exécution forcée et contrôle de la disproportion manifeste peuvent coexister.

1. Les systèmes nationaux civilistes

190. Parmi tous les systèmes qui admettent la primauté de l'exécution forcée, trois retiendront l'attention : les systèmes allemand, belge et québécois.

191. Droit allemand.- S'il s'agit de rechercher un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans un système qui reconnaît une certaine primauté à cette sanction, le droit allemand paraît tout indiqué. En effet, en matière d'exécution forcée, « [f]ace à la *common law*, les systèmes juridiques français et allemand ne font qu'un »⁴⁰⁹. Il faut néanmoins noter que malgré la réforme du droit des obligations en Allemagne ayant

⁴⁰⁹ C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemand*, LGDJ, 2018, préf. B. Fauvarque-Cosson et O. Remien, n° 258, p. 219.

notamment remanié la présentation des sanctions de l'inexécution du contrat⁴¹⁰, les deux systèmes empruntent des chemins différents pour arriver à la même destination⁴¹¹. En effet, il n'est guère question dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) d'une disposition similaire à l'article 1221 du Code civil qui prévoirait que « [l]e créancier d'une obligation peut (...) en poursuivre l'exécution en nature ». Si le droit à l'exécution forcée est une évidence en droit allemand⁴¹², c'est dans la mesure où le rapport d'obligation est envisagé au § 241 al. 1^{er} BGB qui prévoit « [qu'e]n vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation (...) »⁴¹³. La primauté de l'exécution forcée est encore renforcée par le fait que les limites propres à cette sanction trouvent *a priori* leurs sièges non pas dans le BGB, mais dans le Code de procédure civile (ZPO)⁴¹⁴. Il n'est pas nécessaire pour la présente étude d'envisager plus avant cette divergence entre les droits français et allemand quant à l'expression de la primauté de l'exécution forcée ; seule importe la recherche outre-Rhin d'une limite fondée sur la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée.

192. Si les éléments qui précèdent laissent imaginer que la recherche devrait être menée au sein du Code de procédure civile, force est d'admettre que l'entreprise s'avère vaine sur ces terres et qu'il semble plus opportun de considérer les dispositions du BGB pour retrouver une exception similaire à celle de l'article 1221 du Code civil. À cet égard, il faut porter l'attention sur le § 275 al. 2 BGB qui s'intègre dans un paragraphe évoquant les cas où la prestation (« *Anspruch* » – catégorie juridique allemande dont fait partie le rapport d'obligation et qui suppose l'exécution) ne peut faire l'objet d'une exécution en nature⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Sur la réforme et plus particulièrement son incidence en matière de sanctions de l'inexécution du contrat, v. not. R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, 2005, p. 39 et s. ; B. S. Markesinis, H. Unberath et A. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2^e éd., Hart Publishing, 2006, p. 379 et s. ; M. Fromont, « Les effets de l'inexécution du contrat en Allemagne depuis la réforme du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, 2011, p. 91. Pour une présentation des règles allemandes avant la réforme, v. not. F. Ranieri, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 811.

⁴¹¹ Sur la divergence des approches, v. spéc. C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemand*, *op. cit.*, n° 256 et s., p. 217 et s.

⁴¹² M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2017, n° 262, p. 159.

⁴¹³ Trad. C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemand*, *op. cit.*, n° 264, p. 223.

⁴¹⁴ Il y a là une originalité du droit allemand : le créancier peut obtenir de manière quasi-absolue la condamnation du débiteur à l'exécution forcée dans la procédure de jugement, ce n'est qu'à l'occasion de la procédure d'exécution de cette condamnation que le débiteur pourra éventuellement y échapper.

⁴¹⁵ Le § 275 al. 1 BGB énonce les hypothèses françaises d'impossibilité matérielle et juridique quand le § 275 al. 3 BGB renvoie à l'hypothèse française de l'impossibilité morale.

Le texte dispose ainsi que « [l]e débiteur peut refuser la prestation, dans la mesure où celle-ci requiert des dépenses qui, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi, sont gravement disproportionnés par rapport à l'intérêt que présente cette prestation pour le créancier. Lors de la détermination des efforts que l'on peut exiger du débiteur, il y a lieu de prendre en considération le point de savoir s'il est responsable de l'obstacle à la prestation »⁴¹⁶. La disposition est le fait de la réforme allemande du droit des obligations qui a ainsi consolidé une limite déjà dégagée par la jurisprudence⁴¹⁷. La doctrine allemande illustre classiquement la disposition avec l'exemple suivant : une bague valant 100 euros et ayant fait l'objet d'une vente tombe dans un lac alors qu'elle n'est pas encore livrée ; si le débiteur doit dépenser 100 000 euros pour récupérer la bague en drainant le lac, il faut admettre qu'il peut refuser une telle mesure en invoquant le § 275 al. 2 BGB. La dernière disposition conduit ainsi les juges à confronter le coût de l'exécution forcée pour le débiteur avec l'intérêt de la sanction pour le créancier, seule une grave disproportion permettant au débiteur de se soustraire à la volonté du créancier. Assurément, un parallèle peut être fait entre le § 275 al. 2 BGB et l'article 1221 du Code civil au regard des termes et de la portée du rapport de proportionnalité envisagé⁴¹⁸. La présentation du droit allemand permet ainsi de mettre en évidence la primauté de l'exécution forcée outre-Rhin et une limite à cette sanction qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 1221 du Code civil. En plus de constituer dès maintenant une preuve qu'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution est *possible*, le droit allemand pourra également être exploité plus tard à l'occasion de la construction du régime de la nouvelle exception française⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Trad. C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemande*, *op. cit.*, n° 358, p. 293 et s. Sur cette exception, v. not. R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 45 et s. ; B. S. Markesinis, H. Unberath et A. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 413 ; C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemande*, *op. cit.*, n° 359 et s., p. 294 et s.

⁴¹⁷ V. par ex. BGH, 21 juin 1974, BGHZ 62, 388 : le vendeur d'un terrain demeurant le voisin de l'acquéreur procède à la construction d'un parking souterrain qui, par erreur, empiète de 20 m² sur le terrain voisin ; l'exécution forcée de l'accord initial est refusée car elle nécessiterait la destruction et la reconstruction de l'entrée du parking.

⁴¹⁸ Sur ce rapprochement, v. not. Th. Riem et Th. A. Heiß, « La disproportion manifeste du coût de l'exécution en nature (art. 1221 du Code civil) – Une perspective allemande », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 815 ; S. Horn, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p. 333.

⁴¹⁹ V. not. *infra*, n° 578.

193. Droit belge.- S'agissant de l'exécution forcée, les droits français et belge ont connu une trajectoire relativement similaire⁴²⁰. D'abord, à l'occasion de la détermination de la place de cette sanction parmi celles de l'inexécution du contrat, le droit belge a également dû composer avec l'article 1142 du Code civil de 1804 qui l'exclut *a priori* lorsque l'obligation en jeu est de faire ou de ne pas faire. Ensuite, auteurs et juges belges ont pareillement œuvré pour cantonner la précédente disposition aux seules obligations présentant un caractère éminemment personnel de sorte que « selon une très large jurisprudence, le créancier est en droit d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation [et il] importe peu, à cet égard que l'obligation ait pour objet une prestation de *dare*, de *facere* ou une abstention »⁴²¹. Enfin, à l'instar du droit français, le droit belge a profité de sa réforme du droit des contrats, laquelle vient d'aboutir⁴²², pour graver la primauté de l'exécution forcée dans le marbre du Code civil. Ainsi, l'article 5.84 du Code civil issu de la loi du 28 avril 2022 réformant le Livre 5 du Code civil belge, applicable à partir du 1^{er} janvier 2023⁴²³, dispose que « [l]e créancier peut exiger l'exécution en nature de l'obligation conformément aux articles 5.234 à 5.236 ».

194. Pour être similaires, les trajectoires française et belge ne sont pas identiques⁴²⁴ ; elles divergent même ostensiblement lorsque sont considérées les limites de l'exécution forcée. En effet, si le droit belge admet également et fort logiquement la limite tirée de l'impossibilité de la sanction, la jurisprudence retient depuis plusieurs décennies que le

⁴²⁰ Sur l'exécution forcée en droit belge, v. not. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, op. cit. ; du même auteur, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 205.

⁴²¹ P. Wéry, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », préc., n°7, p. 216 (et les références jurisprudentielles citées).

⁴²² Sur la réforme du droit des contrats en Belgique, v. not. le colloque « La réforme du droit belge des contrats – comparaisons internationales » du 30 septembre 2022 (dir. O. Deshayes et Y.-M. Laithier) ; R. Jafferali (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Larcier, 2022.

⁴²³ La question de l'application de la réforme du droit des obligations dans le temps se pose également en Belgique, avec ce même risque d'une application anticipée de certaines règles par la jurisprudence, laquelle avait déjà eu l'occasion de faire une application anticipée des règles issues du projet de réforme (v. P. Wéry, « Le projet de réforme belge du droit des obligations et la jurisprudence : un bel exemple de fécondation mutuelle », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier-LexisNexis, 2021, p. 647, spéc. n° 11 et s.).

⁴²⁴ V. par ex. la tentative de relecture de l'ancien article 1142 du Code civil par M. Wéry, ne se satisfaisant pas de la négation de la lettre du texte : l'auteur considère que la limite du texte concerne moins la condamnation du débiteur à exécuter en nature l'obligation négligée que l'exécution forcée de cette condamnation (pour un résumé de la démonstration, v. la présentation faite par l'auteur : P. Wéry, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », préc., n° 5 et s., p. 211 et s.).

créancier victime d'une inexécution verra sa demande rejetée si elle constitue un abus de droit, c'est-à-dire « l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »⁴²⁵. Au-delà de ce critère générique, les juges belges ont élaboré une série de sous-critères appliqués à l'exécution forcée : celle-ci ne peut être obtenue si elle est demandée dans le but exclusif de nuire au débiteur⁴²⁶, sans qu'elle ne réponde à un intérêt légitime⁴²⁷, alors qu'une autre sanction moins dommageable pour le débiteur est possible⁴²⁸, ou encore « toutes les fois qu'elle causerait [au débiteur] un préjudice hors de toute proportion avec l'avantage poursuivi par le créancier »⁴²⁹. Dans le cadre de cette dernière hypothèse, il a par exemple été jugé « [qu']une partie poursuivant l'exécution d'un contrat devenu radicalement déséquilibré dans son économie au grand désavantage du contractant, pourrait en effet être considérée comme abusant de son droit »⁴³⁰ ou encore que « demander "l'exécution à la lettre" d'une convention était "manifestement abusif" [si on pouvait] constater que les inconvénients qui en résulterait pour le défendeur seraient sans commune mesure avec les avantages que les demandeurs retireraient du droit que leur confère la convention »⁴³¹. En application de ces principes, les juges belges ont pu écarter la demande en exécution forcée d'un créancier qui avait commandé une cuisine équipée qui s'est révélée être mal installée par le débiteur ; la mise en conformité aurait nécessité successivement la désinstallation puis la réinstallation de la cuisine⁴³². De la même manière, en matière de défaut minime de construction, le juge tend à refuser l'exécution forcée pour lui préférer l'allocation de dommages-intérêts. Ainsi, dans une affaire ayant trait à un immeuble dont les vitres étaient défectueuses, les juges ont rejeté la demande du créancier en ce qu'elle était manifestement déraisonnable : d'un côté le défaut ne faisait apparaître que de la condensation

⁴²⁵ Cass. bel., 10 septembre 1971, *Pas.* 1972, I, p. 28. Sur les critères et les sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle en droit belge, v. not. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique », *J. T.* 1996, n° 45 et s., p. 707 et s.

⁴²⁶ V. par ex. CA Liège, 21 décembre 2001, *J. T.* 2002, p. 564 : « Le principe d'exécution de bonne foi des conventions s'oppose à ce que le créancier, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle que les deux parties pouvaient prévoir, continue d'exiger le respect de l'accord primitif allant jusqu'à la ruine du débiteur ».

⁴²⁷ V. par ex. Cass. bel., 30 janvier 2003, *Pas.* 2003, I, p. 227 : « [i]l peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant [;] (...) dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause (exécution forcée d'un bail).

⁴²⁸ V. par ex. Cass. bel., 16 janvier 1986, *J. T.* 1986, p. 404.

⁴²⁹ P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. 1, Bruylant, 2010, n° 553, p. 826.

⁴³⁰ CA Liège, 21 décembre 2001, *J. T.* 2002, p. 564.

⁴³¹ Cass. bel., 18 juin 1987, *Pas.* 1987, I, p. 495.

⁴³² Civ. Bruxelles, 17 février 1994, *Entr. et dr.* 1995, p. 76.

occasionnellement et temporairement, sans incidence sur la solidité ou l'esthétique de la construction ; de l'autre, la mise en conformité aurait nécessité la destruction et la reconstruction pour 5 millions de francs belges⁴³³. Il n'est guère possible d'envisager la dernière décision sans avoir à l'esprit le contrôle de l'article 1221 du Code civil et procéder à un rapprochement entre eux. Dans les deux hypothèses, il s'agit pour le juge de mettre en balance le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et l'intérêt qu'elle confère au créancier, de sorte que la demande de ce dernier sera rejetée s'il existe une disproportion manifeste entre les deux termes du rapport. La règle, systématiquement relevée par le doctrine belge⁴³⁴, a fait son apparition dans le Code civil belge à l'occasion de la réforme du droit des contrats à l'article 5.234. Ce dernier texte précise, en effet, que le créancier ne pourra « demander en justice l'exécution de la prestation due (...) si cela s'avère (...) abusif ».

195. En définitive, l'appréhension du droit belge fournit une nouvelle illustration de la possibilité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cette illustration est remarquable car en fondant son approche sur la théorie de l'abus de droit, le système belge devancerait le système français qui serait lui aussi fondé sur cette théorie selon le *Rapport au Président de la République*. L'assertion est en vérité discutable car la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle prend, en France, des atours bien différents qui ne permettent pas l'assimilation avec l'exception évoquée à l'article 1221 du Code civil⁴³⁵.

196. Droit québécois.- À l'instar des droits français, allemand et belge, le droit québécois reconnaît une primauté à l'exécution forcée des obligations inexécutées par le débiteur⁴³⁶. Force est néanmoins d'admettre que la précédente assertion aurait, pendant un temps, passé pour erronée, tant le droit québécois semblait rejeter la sanction *in specie* de

⁴³³ Cass. bel., 8 janvier 1981, *Pas.* 1981, I, p. 495

⁴³⁴ V. par ex. P. Wéry, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », préc., n° 10., p. 219 et s. ; J.-F. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », in J.-F. Romain (dir.), *Droit des obligations – Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruylant, 2014, p. 117 ; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 553, p. 826 et s. *Adde* sur la question de l'abus de prérogatives contractuelles en général : S. Stijns et F. Auvray, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in M. Dupont (dir.), *Les obligations contractuelles*, Larcier, 2016, p. 269.

⁴³⁵ V. *infra* n° 452 et s.

⁴³⁶ Sur l'exécution forcée en droit québécois, v. not. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations*, 3^e éd., Les Editions Thémis, 2018, n° 2870 et s., p. 1815 et s. ; P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Yvon Blais, 2013, n° 731 et s. *Adde* L. Crépeau, « La bonne foi comme limite à l'exécution en nature », (2019) 53 *RJTUM* 323.

l'inexécution. Un tel rejet n'était guère dicté par la présence dans le Code civil du Bas-Canada d'une disposition similaire à l'ancien article 1142 du Code civil. Au contraire, l'article 1065 du Code civil du Bas-Canada prévoyait notamment que « (...) dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même (...) ». L'aversion pour l'exécution forcée était donc le fait des juges et s'explique par des motifs contextuels : la mixité d'un droit québécois tiraillé entre la tradition civiliste pour les aspects de droit substantiel et la tradition anglaise pour les aspects de droit processuel, et le fait que l'exécution forcée était nécessairement mise en œuvre par l'outil procédural qu'est l'injonction⁴³⁷. L'absence en droit procédural québécois d'une injonction mandatoire, c'est-à-dire celle qui est le véhicule procédural de l'exécution forcée des obligations de faire, couplée à l'influence exercée par les règles de la *Common law* résolument hostile à l'exécution forcée, ont vite fait d'exclure la lettre de l'article 1065 précité dans le cadre des situations les plus symptomatiques⁴³⁸.

197. Il faudra attendre la conjonction de différentes évolutions politique – engouement pour le principe du respect de la parole donnée – et techniques – admission d'un droit d'option conféré au créancier entre les différentes sanctions de l'inexécution du contrat et création d'une injonction mandatoire à l'occasion d'une réforme du Code de procédure civile⁴³⁹ – pour que le droit québécois se place sur la voie de la primauté de l'exécution forcée⁴⁴⁰. À la suite d'une série de décisions manifestant la volonté des juges d'accéder plus aisément aux demandes des créanciers⁴⁴¹, la sanction n'a pas connu d'éclipse et a même vu sa primauté consacrée à l'occasion de la réforme du Code civil du Québec. Cette consécration est moins intervenue par le biais d'une modification de la lettre du Code, l'article 1601 disposant aujourd'hui que « [l]e créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter en nature l'obligation », que par une mise

⁴³⁷ Pour une mise en avant de ces deux éléments, v. not. P.-G. Jobin, « L'exécution forcée en nature du contrat au Québec. Les sources du droit remises en question », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 235.

⁴³⁸ En ce sens, v. not. A. Prujiner, « L'injonction, voie d'exécution forcée des obligations de faire », (1989) 20 *Rev. Gén.* 51, spéc. p. 54 et s.

⁴³⁹ L'injonction mandatoire fut consacrée à l'article 751 du Code de procédure civile. Le Nouveau Code de procédure civile évoque les règles relatives à l'injonction aux articles 509 et suivants.

⁴⁴⁰ En ce sens, v. P.-G. Jobin, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », in *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Yvon Blais, 1998, p. 95, spéc. p. 107.

⁴⁴¹ *Propriété Cité Concordia Ltée c. Banque Royale du Canada*, [1980] C.S. 118, [1981] C.S. 812, [1983] R.D.J. 524 (C.A.). *Adde* R. Jukier, « The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law », (1987) 47 *R. du B.* 47.

en avant de la sanction dans la structure du Code⁴⁴². En effet, l'article 1590 qui énumère les sanctions à la disposition du créancier victime d'une inexécution place l'exécution forcée en tête, et le paragraphe consacré à la sanction précède également ceux qui ont trait à la résolution ou encore à l'exécution par équivalent. S'il fallait conclure sur la place qu'occupe aujourd'hui l'exécution forcée en droit québécois, cette sanction serait sans mal qualifiée de « droit général »⁴⁴³, voire de « droit fondamental »⁴⁴⁴, à la disposition du créancier⁴⁴⁵.

198. Comme le suggère l'article 1601 du Code civil du Québec, la primauté de l'exécution forcée en droit québécois n'est pas absolue : la sanction peut être demandée « dans les cas qui le permettent ». Parmi les limites qu'elle connaît, il en est qui ne font guère l'objet de débats et qui passeront pour familières aux yeux du juriste français⁴⁴⁶ : l'impossibilité matérielle, l'impossibilité morale et l'impossibilité juridique. À s'en tenir à ces limites, il est difficile de déceler en droit québécois un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Néanmoins, l'analyse ne doit pas s'arrêter là et il convient d'ajouter aux limites du droit substantiel celles du droit procédural, et donc celles que connaît l'injonction permanente⁴⁴⁷. En procédant de la sorte, l'observateur s'aventure sur des terres autrement plus instables, la doctrine et la jurisprudence étant partagées quant aux limites applicables aux injonctions. Une première tendance, tout en relevant l'ancrage législatif de l'injonction, considère qu'il s'agit d'un mécanisme d'origine anglo-américaine de sorte que les théories venant encadrer l'obtention d'une « *injunction* » trouvent à s'appliquer en droit procédural québécois⁴⁴⁸. La démonstration, qui peut se targuer du soutien de la Cour suprême du Canada⁴⁴⁹, est précieuse dans la recherche d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée puisqu'elle permettrait de convoquer en droit québécois la théorie déjà envisagée de la « *balance of hardships* ». Ainsi, dans sa

⁴⁴² En ce sens, v. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 2874, p. 1817 et s.

⁴⁴³ P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations, op. cit.*, n° 731

⁴⁴⁴ Office de révision du Code civil (ORCC), *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, Commentaires, t. 2, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 675.

⁴⁴⁵ L. Crépeau, « La bonne foi comme limite à l'exécution en nature », préc., spéc. p. 334 et s.

⁴⁴⁶ V. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 2876 et s., p. 1820 et s. Adde P.-G. Jobin, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », préc., p. 109 et s.

⁴⁴⁷ En ce sens, v. F. Levesque, *Précis de droit québécois des obligations*, Yvon Blais, 2014, n° 827.

⁴⁴⁸ En ce sens, v. not. P.-A. Gendreau, F. Thibault, D. Ferland, B. Cliche et M. Gravel, *L'injonction*, Yvon Blais, 1998, p. 28 et s. Adde L. Crépeau, « La bonne foi comme limite à l'exécution en nature », préc., p. 342.

⁴⁴⁹ V. par ex. *Trudel v. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2. R.C.S. 236, spéc. p. 246.

décision *Brasserie Labatt ltée c. Montréal (Ville)*, la Cour supérieure du Québec a admis « [qu’à] l’occasion de la demande d’injonction permanente, lorsque le droit à l’exécution en nature est acquis, le droit à l’injonction prohibitive est acquis presque automatiquement tandis que l’injonction mandatoire est généralement soumise à la règle de la “balance of hardship” (...) [qui] est applicable lorsque le préjudice qui découle de l’injonction est oppressif et déraisonnable (...) »⁴⁵⁰. En ayant à l’esprit ce qui a été écrit au sujet de la *Common law*⁴⁵¹, d’aucuns pourraient conclure à l’existence – indirecte – d’un contrôle de la disproportion manifeste de l’exécution forcée en droit québécois, même s’il ne semble pas qu’une telle sanction ait déjà été refusée sur ce fondement⁴⁵². Malgré tout, il faut se garder d’une conclusion hâtive au regard d’une seconde tendance qui traverse la matière. Pour certains, l’origine législative de l’injonction en droit québécois, plusieurs fois réaffirmée dans le Code de procédure civile du Québec, couplée au nouveau Code civil du Québec, qui affirme la primauté de l’exécution forcée, ont fait que « le droit québécois de l’injonction s’est (...) nettement démarqué de l’injonction de common law »⁴⁵³. Il ne saurait donc être question de faire appel aux règles ou théories issues de la *Common law*, notamment le contrôle de la « balance of hardships »⁴⁵⁴. Autrement dit, les limites au prononcé de l’injonction sont à trouver dans le seul droit civil de sorte que si l’exécution forcée est possible selon l’article 1601 du Code civil du Québec, l’injonction permanente visant à la mettre en œuvre doit nécessairement être accordée au créancier. Entre ces deux tendances, il est difficile d’en privilégier une sans hésitation. Certes, le rôle joué par les règles de *Common law* en droit procédural québécois fut très significatif. Il demeure que dans le cadre particulier de l’injonction, une telle prise de distance pourrait bien s’imposer à l’aune des récentes évolutions prétorienne et législatives. Est-ce à dire pour autant que toute perspective de développement d’un contrôle de la disproportion manifeste de l’exécution forcée en droit québécois est écartée ? Tout en gardant une certaine précaution, il pourrait être suggéré qu’un tel contrôle n’est nullement exclu *a priori* par la lettre de l’article 1601 du Code civil du Québec : l’exécution forcée, lorsqu’elle est manifestement

⁴⁵⁰ [1987] R.J.Q. 1141, spéc. n° 39 et n° 40 (nous soulignons).

⁴⁵¹ V. *supra* n° 174 et s.

⁴⁵² En ce sens, v. L. Crépeau, « La bonne foi comme limite à l’exécution en nature », préc., p. 344 et s.

⁴⁵³ L. Chamberland (dir.), *Le grand collectif : Code de procédure civile (commentaires et annotation)*, Yvon Blais, 2015, p. 2020. *Adde Varnet Software Corp. C. Varnet UK Ltd*, [1994] R.J.Q. 2755 (C.A.), spéc. p. 27558 (J. Baudouin).

⁴⁵⁴ En ce sens, v. *Coalition des citoyens et citoyennes du Val Saint-François c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 511.

disproportionnée, ne rentrerait pas « dans les cas qui le permettent ». En ayant à l'esprit l'exemple belge, ne faut-il pas admettre que l'exécution forcée n'est pas permise lorsqu'elle constitue un abus de droit contraire à la bonne foi contractuelle ? Une telle solution pourrait ne pas contredire l'évolution récente de la question en droit québécois, les juges obligeant les parties à « agir, dans l'exercice de leurs droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable et dans les limites de la loyauté »⁴⁵⁵. Récemment, un auteur québécois a tenu un raisonnement similaire, plaidant en faveur de l'utilisation de la théorie de l'abus de droit à défaut de la théorie de la « *balance of hardships* » jugée malvenue en droit civil québécois⁴⁵⁶. Toutefois, la mobilisation de la théorie de l'abus de droit ou de la bonne foi ne permet pas nécessairement de fonder un contrôle de l'exécution forcée relatif au coût de la sanction : il sera vu que le droit français des contrats, tel qu'il se présente au moment de la réforme de la matière, ne permet pas un tel rapprochement⁴⁵⁷. Si le constat repose sur des éléments *a priori* propres au droit français, notamment le cadre du contrôle de l'exigence de bonne foi ou encore le critère de la théorie de l'abus de droit, il n'est pas exclu que ces éléments trouvent un certain écho outre-Atlantique.

199. En définitive, il semble bien que le droit québécois fasse partie des systèmes juridiques qui admettent la primauté de l'exécution forcée et l'existence d'un contrôle confrontant le coût et l'intérêt de la sanction.

2) Les systèmes internationaux

200. Les systèmes internationaux, qu'il s'agisse de conventions internationales ou de projets d'harmonisation, laissent entendre que l'exécution forcée doit nécessairement s'accommoder d'un contrôle de sa disproportion manifeste. Peuvent ainsi être envisagés la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, les

⁴⁵⁵ *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3. R.C.S. 122, spéc. p. 164. *Adde* D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1987 et s., p. 1138 et s.

⁴⁵⁶ En ce sens, v. L. Crépeau, « La bonne foi comme limite à l'exécution en nature », spéc. p. 348 et s. L'auteur opère lui-même un parallèle avec les règles du droit belge, mais néglige en grande partie le nouveau contrôle de l'article 1221 du Code civil français.

⁴⁵⁷ V. *infra* n° 380 et s.

Principes UNIDROIT, les Principes du droit européen du contrat et le Cadre commun de référence du droit européen des contrats.

201. Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises.- Si la Convention de Vienne de 1980 vise essentiellement à fournir un cadre juridique aux contrats de vente ayant une portée internationale⁴⁵⁸, elle est d'un intérêt certain pour toute réflexion comparative mettant en jeu le droit commun des contrats⁴⁵⁹. L'assertion vaut pour les dispositions de la Convention ayant trait à l'inexécution des obligations et des moyens à la disposition des parties pour y remédier. Ainsi, pour l'exécution forcée, seule sanction envisagée ici, une faveur peut être constatée au regard des articles 46⁴⁶⁰ et 62⁴⁶¹ du texte, qui fournissent le fondement d'une telle demande respectivement pour l'acquéreur et le vendeur. Le propos doit toutefois être immédiatement nuancé au regard de l'article 28 de la Convention qui dispose que « [s]i, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, *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 »⁴⁶². La précédente disposition est une véritable pierre d'achoppement sur la voie de l'harmonisation puisque les systèmes de *Common law*, qui ont milité pour son adoption, pourront conserver leur hostilité historique à l'égard de l'exécution forcée malgré les textes qui précèdent⁴⁶³.

202. La relativisation de la primauté de l'exécution forcée dans la Convention de Vienne n'est toutefois pas de nature à faire échec à la recherche d'un contrôle de la disproportion

⁴⁵⁸ Sur cette convention, v. en général P. Schlechtriem et C. Witz, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008 ; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises : Droit uniforme*, LGDJ, 2000 ; J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 3^e éd., Kluwer Law International, 1999 ; I. Schwenzer, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CSIG)*, 4^e éd., Oxford University Press, 2016.

⁴⁵⁹ Plus encore, elle présenterait un intérêt particulier pour les réflexions menées en matière d'interprétation : P. Deumier, « La convention de Vienne, source vivifiante pour les questions d'interprétation », in *Mélanges en l'honneur de Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 265.

⁴⁶⁰ Art. 46 CVIM : « (1) L'acheteur peut exiger du vendeur l'exécution de ses obligations, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec cette exigence. (...) ».

⁴⁶¹ Art. 62 CVIM : « Le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement du prix, la prise de livraison des marchandises ou l'exécution des autres obligations de l'acheteur, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec ces exigences ».

⁴⁶² Nous soulignons.

⁴⁶³ O. Lando, « Article 28 », in C. M. Bianco et M. J. Bonnel (dir.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, p. 232, spec. p. 236 et s.

manifeste de cette sanction. À bien relire l'article 46 précité, il se peut qu'un tel contrôle existe lorsque l'acquéreur qui a reçu un bien non conforme au contrat exige du vendeur son remplacement ou sa réparation : « (2) Si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur ne peut exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement *que si le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat (...)* (3) Si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur peut exiger du vendeur qu'il répare le défaut de conformité, *à moins que cela ne soit déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances (...)* »⁴⁶⁴. À chaque fois, une certaine dose de proportionnalité entre l'intérêt de l'acquéreur à obtenir l'exécution forcée et le coût de la sanction pour le vendeur est recherchée.

203. En matière de remplacement, la Convention part du principe que la mesure est très onéreuse puisqu'il s'agit d'assurer la livraison de nouveaux biens et la récupération des défectueux⁴⁶⁵, à telle enseigne qu'elle ne pourra être demandée que si la non-conformité constitue une « contravention essentielle »⁴⁶⁶. La finalité du contrôle de l'article 1221 du Code civil, à savoir éviter le gaspillage des ressources économiques, n'est pas très éloignée⁴⁶⁷. En revanche, il n'est guère possible de prolonger le rapprochement entre les deux limites au droit à l'exécution forcée : l'article 46 (2) de la Convention ne vise pas à confronter directement l'intérêt du créancier pour la sanction et son coût pour le débiteur dans une *espèce particulière*. Le texte pose une limite abstraite : *de manière générale*, le remplacement est une sanction très coûteuse pour le débiteur de sorte que seule une inexécution privant l'autre contractant d'une grande partie de l'intérêt qu'elle plaçait dans la prestation peut la justifier. Lorsqu'il applique l'article 46 (2) de la Convention, le juge se concentre sur la seule portée de l'inexécution et ne cherche pas à la confronter avec le coût imposé au débiteur dans l'espèce.

⁴⁶⁴ Nous soulignons.

⁴⁶⁵ En ce sens, v. V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises : Droit uniforme*, op. cit., n° 416, p. 367.

⁴⁶⁶ V. art. 25 CVIM : « Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus ».

⁴⁶⁷ En ce sens, v. not. I. Schwenzer, P. Hachen et C. Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, n° 43.54, p. 572.

204. En matière de réparation, laquelle peut être demandée quelle que soit la nature du manquement⁴⁶⁸, une autre conclusion pourrait bien s'imposer. Il en irait ainsi s'il était admis que la limite tirée du caractère « déraisonnable [de la sanction] compte tenu de toutes les circonstances » est susceptible d'accueillir un contrôle similaire à celui de l'article 1221 du Code civil. Or, il semble bien que cela soit possible. Certes, d'aucuns voient dans la limite le renvoi à un rapport entre le coût de la réparation et le prix des biens vendus, à la capacité du vendeur d'effectuer cette réparation notamment du fait de son éloignement ou encore à la capacité pour l'acheteur d'effectuer lui-même la réparation à un coût plus modeste⁴⁶⁹. D'autres, en revanche, ajoutent qu'il importe de prendre en compte les intérêts de l'acquéreur et du vendeur⁴⁷⁰, de sorte que la réparation pourrait être considérée comme déraisonnable si son coût excède drastiquement la diminution de la valeur du bien livré⁴⁷¹. Un rapprochement entre cette dernière hypothèse et le contrôle de l'article 1221 du Code civil n'est pas à exclure, le coût de la réparation renvoyant à celui qui pèse sur le débiteur de bonne foi quand la diminution de valeur du bien permet de mesurer l'intérêt du créancier à obtenir cette réparation.

205. En définitive, alors que l'exécution forcée jouit d'une relative primauté dans la Convention de Vienne, il est possible de relever dans ses dispositions une certaine attention quant au caractère manifestement disproportionné du coût de la mesure sollicitée. Plus précisément, lorsque l'acquéreur ayant reçu un bien non conforme au contrat entend réclamer sa réparation, il ne pourra l'obtenir si le vendeur démontre son caractère déraisonnable en prenant en compte toutes les circonstances de l'espèce. Il en ira notamment ainsi lorsqu'existe une disproportion manifeste entre le coût de la réparation pour le vendeur et son intérêt pour l'acquéreur.

206. Principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (éd. 2016).- Si les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international

⁴⁶⁸ En ce sens, v. not. V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises : Droit uniforme*, op. cit., n° 419, p. 370.

⁴⁶⁹ F. Enderlein et D. Maskov, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, p. 179.

⁴⁷⁰ En ce sens, v. not. M. Will, « Article 46 », in M. Bianco et M. J. Bonnel (dir.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, op. cit., p. 338.

⁴⁷¹ A. H. Kastely, « The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention », (1988) 63 *Washington Law Review* 607, p. 617 et s. Adde I. Schwenzer, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CSIG)*, op. cit., p. 751 (et les références citées).

entendent participer à l'harmonisation des droits nationaux, à l'instar de la Convention de Vienne, le fait qu'ils constituent une compilation privée dépourvue de toute portée normative leur a permis d'aller bien au-delà de cette dernière Convention. D'abord, ils l'ont fait en s'attelant à l'harmonisation du droit commun des contrats et non pas du seul droit de la vente. Ensuite, dans la perspective de la présente étude, ils l'ont fait en consacrant de manière autrement plus vigoureuse la primauté de l'exécution forcée des obligations inexécutées. Les articles 7.2.1⁴⁷² et 7.2.2⁴⁷³ des Principes UNIDROIT reconnaissent ainsi au créancier d'une obligation monétaire comme non-monétaire le droit d'en réclamer l'exécution forcée, un tel droit n'étant guère relativisé par une disposition équivalente à l'article 28 de la Convention de Vienne⁴⁷⁴. Est-ce à dire que les systèmes civilistes attachés à l'exécution forcée l'ont emporté sur les systèmes de *Common law* traditionnellement hostiles à cette sanction ? Rien n'est moins certain. Pour certains, le compromis entre les systèmes prend la forme, dans le cadre des Principes UNIDROIT, d'une série de limites particulières au prononcé de la sanction⁴⁷⁵.

207. Si le droit à l'exécution forcée reconnu au créancier connaît des exceptions, il reste à voir si, parmi elles, figure une exception similaire à celle de l'article 1221 du Code civil. Or, à la lecture de l'article 7.2.2 des Principes UNIDROIT⁴⁷⁶, qui pose à la fois le principe et les limites du droit à l'exécution forcée d'une obligation non-pécuniaire⁴⁷⁷, une réponse positive s'impose. En effet, selon l'article 7.2.2 des Principes UNIDROIT, le créancier peut obtenir l'exécution forcée, « sauf lorsque (...) (b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables (...) ». Si cette exception

⁴⁷² Art. 7.2.1 UNIDROIT : « À défaut pour le débiteur de payer une dette de somme d'argent, le créancier peut en exiger le paiement ».

⁴⁷³ Art. 7.2.2. UNIDROIT : « À défaut pour le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution (...) ».

⁴⁷⁴ I. Schwenger, « Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1999) 1 *Eur. J. L. Reform* 289, spéc. p. 292.

⁴⁷⁵ En ce sens, v. not. J. M. Perillo, « UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the Black Letter Text and a Review », (1994) 63 *Fordham L. Rev.* 281, spéc. p. 305.

⁴⁷⁶ Art. 7.2.2 UNIDROIT : « À défaut pour le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque : a) l'exécution est impossible en droit ou en fait ; (...) c) le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution d'une autre façon ; d) l'exécution présente un caractère strictement personnel ; ou e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution ».

⁴⁷⁷ Pour un commentaire de la disposition, v. not. S. Eberhard, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2005, p. 103 et s. ; S. Vogenaueur (dir.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2^e éd., Oxford University Press, 2015, p. 887 et s.

visée à traduire la préoccupation des systèmes de *Common law* concernant l'onérosité de la mise en œuvre procédurale de l'exécution forcée⁴⁷⁸, elle ne s'épuise pas dans ce contexte. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer le Commentaire officiel du texte qui retient que « [d]ans des cas exceptionnels, en particulier lorsqu'il y a eu un changement radical de circonstances, après la conclusion du contrat, l'exécution, bien qu'encore possible, peut être devenue tellement onéreuse qu'il serait contraire au principe de bonne foi (voir l'article 1.7) de l'imposer ». De même, on retrouve comme illustration officielle un exemple qui n'est pas sans rappeler celui de la bague en droit allemand : « [u]n pétrolier a coulé dans les eaux territoriales à la suite d'une violente tempête. Bien qu'il soit possible de renflouer le navire, le chargeur ne peut exiger l'exécution du contrat de transport si celle-ci implique pour l'armateur des dépenses excédant beaucoup la valeur du pétrole ».

208. La littérature relative à l'article 7.2.2 (b) des Principes UNIDROIT estime que le texte invite à réaliser une comparaison d'ordre économique entre les intérêts en présence, c'est-à-dire à confronter le coût de la sanction pour le débiteur et le bénéfice qu'en retirerait le créancier, étant entendu que le débiteur ne peut exciper de ce contrôle pour échapper à l'exécution d'un contrat devenu moins profitable que prévu⁴⁷⁹. L'idée de proportionnalité étant ici centrale, « lorsque le coût de l'exécution pour la partie qui n'a pas exécuté son obligation est sans proportion avec le bénéfice que l'exécution confèrera à la victime de l'inexécution, la demande d'exécution rentre dans le cadre de l'exception et doit être refusée »⁴⁸⁰. Il n'est guère besoin de considérer plus avant les discussions entourant l'article 7.2.2 (b) des Principes UNIDROIT pour admettre un rapprochement entre l'outil qu'il utilise et l'article 1221 du Code civil⁴⁸¹. Dans les deux hypothèses, il s'agit de rejeter la demande du créancier lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son intérêt pour l'exécution et le coût de la sanction pour le débiteur.

209. En définitive, les Principes UNIDROIT se montrent particulièrement pertinents à l'occasion de la recherche d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée

⁴⁷⁸ V. le commentaire officiel de l'article 7.2.2 UNIDROIT (2016).

⁴⁷⁹ En ce sens, v. S. Vogenauer (dir.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, *op. cit.*, p. 893 et s.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 894.

⁴⁸¹ La finalité du contrôle semble en revanche être différente d'un cas à l'autre car si la disposition internationale semble reposer sur l'exigence de bonne foi, il en va différemment pour la disposition française. V. *infra* n° 272 et s.

puisqu'ils admettent successivement la primauté de l'exécution forcée et une exception à cette sanction fondée sur un tel contrôle.

210. Principes du droit européen des contrats et Cadre commun de référence du droit européen des contrats.- Jalons fondamentaux de l'harmonisation des droits des contrats en Europe, les Principes du droit européen des contrats (PDEC) et le Cadre commun de référence du droit européen des contrats (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR) peuvent être envisagés de concert pour les besoins de la présente étude. Les deux instruments, à l'instar des Principes UNIDROIT, assurent la primauté de l'exécution forcée⁴⁸², tout en ménageant les systèmes traditionnellement hostiles à l'exécution forcée grâce à une série d'exceptions applicables à cette sanction, laquelle n'est pas laissée à la discrétion du juge⁴⁸³.

211. Parmi les limites appliquées à l'exécution forcée dans les PDEC et dans le DCFR, certaines peuvent-elles s'apparenter à celle nouvellement consacrée à l'article 1221 du Code civil ? Assurément, le regard doit se porter sur les articles 9:102 PDEC et III.-3:302 DCFR qui évoquent le principe et les exceptions de l'exécution forcée d'obligations autres que de payer une somme d'argent. Or, les deux textes considèrent notamment qu'une telle sanction ne peut être demandée « (...) [lorsqu']elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables (...) » (art. 9:102 (2)(b) PDEC), ou encore si elle est « (...) déraisonnablement lourde ou coûteuse (...) » (art. III.-3:302 (3)(b) DCFR). La différence entre les deux dispositions n'est, semble-t-il, pas substantielle. Comment justifier autrement les très grandes similitudes entre les commentaires officiels des deux articles qui envisagent d'ailleurs deux illustrations quasiment identiques ? Dans la première illustration

⁴⁸² Pour les PDEC, v. art. 9:101 : « (1) Le créancier a droit d'obtenir paiement d'une dette de somme d'argent exigible. (...) » et art. 9:102 : « 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. (...) ». Pour le DCFR, v. art. III.-3:301 : « (1) Le créancier a le droit d'obtenir le paiement d'une dette de somme d'argent exigible (...) » et art. III.-3:302 : « (1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a le droit d'exiger l'exécution en nature. (...) ».

⁴⁸³ En ce sens, v. le commentaire officiel de l'article 9:102 PDEC traduit (O. Lando (dir.), *Principes du droit européen du contrat* (trad. G. Rouhette), Société de Législation comparée, 2003, p. 358 et s.) ainsi que celui de l'article III.-3:302 DCFR (C. von Bar et E. Clive (dir.), *Principles, Definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Oxford University Press, 2010, p. 828 et s.). Il faut relever que l'exception tirée de l'exécution par un autre moyen raisonnable (art. 9:102 (2)(d) PDEC) n'apparaît plus dans le DCFR, ce qui est salué par la doctrine attachée au principe de l'exécution forcée (v. not. M. V. Kogelenberg, « Article III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement – Albeit Imperfect – Compared with Article 9:102 PECL », (2009) 17 *ERPL* 599).

fournie, il est question d'un yacht vendu avec une promesse de livraison qui n'aura jamais lieu puisque le navire sombre. Dans la seconde illustration, il est cette fois-ci question de la location d'une ferme à une compagnie minière avec promesse de remise en état à la fin de l'exploitation. À chaque fois, l'exécution forcée – de livraison du bateau ou de remise en état du terrain – est jugée déraisonnable car le renflouement du bateau coûterait pour le débiteur 40 fois sa valeur, ou encore dans la mesure où la remise en état du terrain coûterait une somme très importante, quand celle-ci aurait peu d'intérêt pour le créancier qui entend le transformer en terrain d'entraînement pour des blindés de l'armée – l'augmentation de la valeur du terrain remis en état étant alors marginale. Le commentaire officiel du DCFR ajoute seulement une dernière illustration ayant trait à la vente d'une machine qui se trouve être affectée d'un défaut pouvant facilement être réparé par un ingénieur compétent. Le vendeur n'a pas d'ingénieur à sa disposition dans les 300 kilomètres qui entourent l'exploitation de l'acquéreur. Dans la mesure où en dépêcher un sur place serait bien plus coûteux que de payer un ingénieur extérieur – mais local – l'acquéreur ne peut *a priori* exiger du vendeur qu'il répare lui-même le défaut car cela serait déraisonnablement coûteux.

212. Les articles 9:102 PDEC et III.-3:302 DCFR à l'esprit, il importe de déterminer s'ils permettent la mise en œuvre d'un contrôle de la disproportion manifeste confrontant l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et le coût de la sanction pour le débiteur. Pour certains auteurs commentant les PDEC, la réponse négative doit s'imposer. En se fondant sur le Commentaire officiel qui précise que « la prise en considération du caractère raisonnable de la transaction ou de l'adéquation de la contre-prestation n'est pas pertinente dans ce contexte »⁴⁸⁴, ils estiment que l'article 9:102 (2)(b) « ne requiert pas une comparaison ou une mise en balance des intérêts divergents des parties »⁴⁸⁵. Le commentaire officiel du DCFR reprenant la même phrase, la démonstration pourrait bien être réitérée et même confortée par l'exemple original de la machine défectueuse. En effet, ce dernier est précédé de la précision suivante : « [p]our décider si l'exécution serait

⁴⁸⁴ O. Lando (dir.), *Principes du droit européen du contrat* (trad. G. Rouhette), *op. cit.*, p. 360.

⁴⁸⁵ T. W. Dornis, « Particular Remedies for Non-performance », in S. Leible et M. Lehmann (dir.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, 2014, p. 451, spéc. p. 456. Adde O. Remien, « Enforced Performance in European Contract Law: The Story of the Poor Banabas and the Hope for Happier Europeans », in K. Boele-Woelki et W. Grosheide (dir.), *The Future of European Contract Law – Essays in honour of Ewoud Hondius*, Kluwer Law International, 2007, p. 321, spéc. p. 327 et s.

déraisonnablement lourde ou coûteuse, il *peut* être pertinent de prendre en considération l'hypothèse où le créancier pourrait facilement obtenir l'exécution par un autre et réclamer au débiteur le coût de la démarche »⁴⁸⁶.

213. Malgré ces derniers éléments, il semble possible d'affirmer que les articles 9:102 PDEC et III.-3:302 DCFR autorisent la mise en œuvre d'un contrôle de la disproportion manifeste confrontant les intérêts des deux parties. Certes, ceux qui s'opposent à une telle vue comptent parmi leurs soutiens le commentaire officiel. Néanmoins, il faut noter que ce dernier admet également pour les PEDC – et pour le DCFR – qu'aucune règle précise ne puisse être posée pour caractériser ce qu'est une exécution forcée déraisonnable⁴⁸⁷. Plus encore, il importe de se poser la question de la cohérence de la volonté de rejeter tout contrôle confrontant les intérêts litigieux. Comment réconcilier cette volonté avec l'explication qui précède au sujet de l'exemple de la ferme à remettre en état, selon laquelle l'exécution peut être devenue inutile pour le créancier de sorte que dans une telle hypothèse il peut être déraisonnablement lourd de demander au débiteur de s'exécuter ? Comment accommoder cette volonté avec les références bibliographiques et législatives indiquées dans les commentaires officiels qui, pour certaines d'entre elles, renvoient clairement à des hypothèses de contrôle confrontant les intérêts des deux parties ? Au-delà des seuls commentaires officiels, est-il cohérent de rejeter un tel contrôle alors qu'il est connu par de nombreux systèmes nationaux et admis par la Convention de Vienne et les Principes UNIDROIT ? Si les PDEC et le DCFR entendaient réellement se démarquer de cette tendance, leur volonté aurait assurément été précisée avec plus de vigueur. Dans une logique voisine, il est difficile d'expliquer que les textes examinés rejettent un contrôle de disproportion manifeste entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur quand la proposition de Règlement du 11 octobre 2011 sur le Droit commun européen de la vente – fruit toujours vert de l'harmonisation des droits européens des contrats – prévoit que si « [l]'acheteur est en droit d'exiger l'exécution des obligations du vendeur. (...) [, l]'exécution ne peut être exigée lorsque : la charge ou les dépenses induites par l'exécution seraient disproportionnées par rapport au bénéfice que l'acheteur en retirerait » (art. 110).

⁴⁸⁶ C. von Bar et E. Clive (dir.), *Principles, Definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., p. 831 (nous soulignons).

⁴⁸⁷ O. Lando (dir.), *Principes du droit européen du contrat* (trad. G. Rouhette), op. cit., p. 360 ; C. von Bar et E. Clive (dir.), *Principles, Definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., p. 831.

Au regard de tous les éléments qui précèdent, il peut être soutenu que les articles 9:102 PDEC et III.-3:302 DCFR admettent que le caractère déraisonnable de l'exécution forcée soit établi par le biais d'un contrôle confrontant les intérêts du créancier et du débiteur⁴⁸⁸.

214. Conclusion.- Le tour d'horizon des systèmes allemand, belge et québécois a permis de mettre en évidence que dans les systèmes nationaux qui admettent l'exécution forcée comme sanction de principe, un contrôle de son caractère manifestement disproportionné est possible. La poursuite de l'analyse dans les systèmes internationaux a conduit à la même conclusion. Si l'exécution forcée est envisagée comme une sanction à la disposition du créancier victime de l'inexécution, elle est systématiquement tempérée par un contrôle visant à confronter le coût de la sanction pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

215. Conclusion du paragraphe.- L'étude sommaire de systèmes juridiques nationaux et internationaux a montré qu'un certain nombre de juristes étrangers ne seraient pas surpris par la lecture de l'article 1221 du Code civil. Autrement dit, au-delà des frontières hexagonales, l'exécution forcée peut être considérée non pas comme une sanction soumise à la seule volonté du créancier, mais bien plutôt comme soumise à plusieurs exceptions, reposant notamment sur le coût de la sanction pour le débiteur. La pratique d'un contrôle similaire dans d'autres systèmes juridiques est ainsi de nature à témoigner de la *possibilité* d'un tel contrôle, et laisse également entrevoir de nombreuses ressources pour répondre aux questions tenant à son régime.

216. Conclusion de la section.- Est-il possible que l'exécution forcée ne soit pas conçue absolument, mais bien plutôt soumise à un contrôle de la disproportion manifeste entre son coût et son intérêt ? L'histoire du droit a fourni des renseignements incertains dans la mesure où cette sanction de l'inexécution ne s'est imposée que récemment. Il demeure que les recueils de jurisprudence postérieurs au Code civil laissent à penser que les juges n'entendaient pas toujours laisser un blanc-seing au créancier désirant l'exécution forcée, et que cette dernière pouvait être refusée lorsque son coût était manifestement

⁴⁸⁸ En fin de compte, pour ne pas totalement négliger la lettre des commentaires officiels des PDEC et du DCFR, il faut admettre qu'ils avaient à l'esprit l'exclusion de la seule prise en compte des intérêts divergents au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, comme il sera vu pour le régime du contrôle de l'article 1221 du Code civil, l'éventuelle disproportion des intérêts qui existait *ab initio* ne peut être mobilisée par le débiteur de bonne foi afin d'échapper à l'exécution du contrat (v. *infra* n° 701 et s.).

disproportionné par rapport à l'intérêt qu'elle procurait. Le droit comparé, quant à lui, s'est révélé être un allié encore plus prégnant dans la démonstration de la possibilité du contrôle de l'exécution forcée : nombre de systèmes étrangers nationaux ou internationaux freinent la volonté du créancier en cas de disproportion manifeste du coût de la sanction avec son intérêt. Toutefois, dans l'étude globale de la pertinence du contrôle de l'exécution, faut-il se contenter du fait que le contrôle envisagé soit *possible* ? Assurément, il convient d'aller au-delà et se demander s'il est *opportun*.

SECTION 2 : L'OPPORTUNITE DU CONTROLE

217. La pertinence du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée doit également s'apprécier à l'aune de son opportunité, d'autant que ce point a fait l'objet de vives discussions au moment de la réforme du droit des contrats. Certains auteurs ont clairement remis en cause l'opportunité de la nouvelle exception à l'exécution forcée. Outre les critiques ayant trait aux difficultés liées à la mise en œuvre du contrôle, une critique plus fondamentale remet en cause l'idée même de relativiser la volonté du créancier qui demande l'exécution forcée. Pour de nombreux auteurs, le nouveau contrôle judiciaire constituerait une menace inacceptable pour la force obligatoire du contrat. Leur discours repose implicitement sur une distinction entre l'atteinte abstraite et l'atteinte concrète à la force obligatoire, cette distinction n'étant guère rigide tant ces deux facettes de la force obligatoire se nourrissent mutuellement. Ainsi, les propos des opposants au contrôle de l'exécution forcée semblent divisés entre l'atteinte abstraite – la relativisation de la sanction conduirait à faire reculer une valeur cardinale du droit français – (§1) et l'atteinte concrète – la relativisation de la sanction inciterait en pratique les débiteurs à ne pas respecter leurs engagements – (§2) à la force obligatoire.

§1 L'ATTEINTE ABSTRAITE A LA FORCE OBLIGATOIRE

218. Pour un certain nombre d'auteurs, la nouvelle exception à l'exécution forcée serait inopportune dans la mesure où elle porterait atteinte à la force obligatoire envisagée comme une valeur cardinale de la matière contractuelle. L'argument doit être davantage exploré à travers un exposé (A) et une appréciation (B) de l'atteinte.

A) L'EXPOSE DE L'ATTEINTE

219. Il est parfois soutenu que la relativisation du droit à l'exécution forcée du créancier en cas d'inexécution entraînerait un recul de la force obligatoire du contrat. Puisque cette force obligatoire est l'un des piliers de la matière contractuelle, ce recul devrait faire l'objet d'une condamnation. Le raisonnement repose sur une assimilation entre exécution forcée et force obligatoire du contrat dont il est possible de trouver des manifestations doctrinales et prétorienne (1). Cette assimilation ayant justifié que l'exécution forcée bénéficie en jurisprudence d'une primauté et d'un caractère quasiment absolu, il n'est guère étonnant que le contrôle de l'article 1221 du Code civil ait attiré les critiques (2).

1) Les manifestations doctrinales et prétorienne de l'assimilation entre l'exécution forcée et la force obligatoire

220. La doctrine.- En invoquant le fait que le nouveau contrôle de l'article 1221 du Code civil constitue une atteinte à la force obligatoire, les auteurs procèdent à une assimilation entre cette dernière et l'exécution forcée. C'est vers l'histoire qu'il faut de nouveau se tourner pour constater les premières manifestations de la démonstration. Les premiers commentateurs du Code civil de 1804, fidèles à sa lettre et à son esprit, n'avaient pas confié à l'exécution forcée une quelconque primauté. Or, dans la remise en cause progressive de cette vue par la doctrine, l'argument tiré du respect de la force obligatoire a joué un rôle déterminant. Pour s'en convaincre, il suffit d'envisager les ouvrages de la première moitié du XX^e siècle qui ne manquent pas de relever que si une application littérale de l'ancien article 1142 du Code civil avait été faite, « c'en serait fait, alors, de la force obligatoire des conventions »⁴⁸⁹, ou encore que la primauté de l'exécution forcée est une « conséquence de cette règle que la convention fait la loi des parties »⁴⁹⁰. Plus encore, pour Cassin, « on peut asseoir le droit à l'exécution en nature sur l'article 1134 lui-même, car l'article 1134 déclare que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi »⁴⁹¹. L'auteur semble ainsi adjoindre,

⁴⁸⁹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., n° 590, p. 370.

⁴⁹⁰ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Droit des obligations*, op. cit., n° 431, p. 387

⁴⁹¹ R. Cassin, *L'inexécution des contrats et ses suites*, op. cit., p. 288.

pour soutenir le principe de la sanction *in specie* de l'inexécution, la bonne foi à la force obligatoire. La remarque est originale et sera mobilisée lorsque seront envisagés les points de contacts entre cette exigence et le contrôle de l'article 1221 du Code civil⁴⁹².

221. L'assimilation entre l'exécution forcée et la force obligatoire n'est pas un phénomène historique qui aurait surgi afin d'effacer la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil pour mieux disparaître par la suite. En effet, le trait d'union entre les deux notions est régulièrement relevé jusqu'à la réforme du droit des contrats pour assurer, cette fois-ci, la légitimité de la sanction : « le droit à l'exécution est l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat »⁴⁹³. Plus encore, d'autres auteurs ont affirmé sans ambages que « l'exécution forcée en nature est inévitablement la traduction de la force obligatoire du contrat »⁴⁹⁴, de sorte qu'il faut « admettr[e] tout d'abord que l'exécution forcée en nature n'est pas une sanction mais une mise en force du contrat »⁴⁹⁵. Autrement dit, l'inexécution du contrat ne serait qu'un moment d'égarement dans la relation contractuelle que l'exécution forcée ne ferait que remettre sur le droit chemin. L'affirmation n'est pas anodine puisqu'elle conduit à soustraire l'exécution forcée à tout contrôle judiciaire ; seule importerait la volonté initiale des parties qu'il faudrait respecter à tout prix. Au lendemain de la réforme du droit des contrats, le cordon entre force obligatoire et exécution forcée ne fut guère coupé par la doctrine, alors même que la sanction dispose désormais d'une assise textuelle autonome : « [l]'exécution forcée du contrat permet ainsi de donner toute sa force au principe du respect de la parole donnée et donc à la force obligatoire du contrat »⁴⁹⁶.

222. L'assimilation de l'exécution forcée avec la force obligatoire du contrat prise en tant que valeur cardinale de la matière contractuelle, également observée dans d'autres systèmes juridiques⁴⁹⁷, se prolonge à deux égards : elle conduit à la primauté et au caractère

⁴⁹² Sur le débat quant à la finalité du contrôle, v. *infra* n° 381 et s. Sur le débat quant à l'identification du débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil, v. *infra* n° 826 et s.

⁴⁹³ G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », préc., n° 16, p. 182.

⁴⁹⁴ N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005/1, p. 37, spéc. n° 18.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 1008, p. 783.

⁴⁹⁷ Dans les autres systèmes juridiques nationaux ou internationaux admettant la primauté de l'exécution forcée, c'est également la force obligatoire qui est mise en avant pour fonder le pouvoir décisionnel du créancier (v. les références citées *supra* n° 189 et s.).

quasiment absolu de l'exécution forcée à la veille de la réforme du droit des contrats et elle permet de comprendre l'appréciation critique faite par certains auteurs du contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil.

223. La jurisprudence.- Formulée à l'Ecole, l'idée de l'assimilation entre l'exécution forcée et la force obligatoire a conquis le Palais. A la veille de la réforme du droit des contrats, la primauté de l'exécution forcée et le droit à l'exécution forcée du créancier victime de l'inexécution sont admis dans de nombreuses décisions⁴⁹⁸. L'une d'entre elles souligne particulièrement *l'adhésion intellectuelle* à l'assimilation précitée⁴⁹⁹, moins par sa formulation relativement classique – « la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque cela est possible » – que par son visa. En effet, c'est notamment sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil qui consacrait la force obligatoire du contrat que les juges ont rappelé la primauté de l'exécution forcée. D'autres décisions témoignent, quant à elles, d'une véritable *foi* des juges dans l'assimilation entre force obligatoire et exécution forcée. Plus rares et souvent le fait de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation, ces décisions admettent le droit du créancier à l'exécution forcée alors que les circonstances suggèrent – *a minima* – que l'opportunité de la sanction est discutable⁵⁰⁰. Sans souci d'exhaustivité, certaines de ces décisions peuvent être présentées en ce qu'elles illustrent le droit à l'exécution forcée du créancier, certes, mais surtout son caractère quasiment absolu⁵⁰¹.

224. Dans une décision du 17 janvier 1984⁵⁰², il était question d'une piscine construite avec un escalier doté de trois marches alors que le contrat prévoyait qu'il devait en compter quatre, de vingt centimètres de hauteur. Les juges du fond ont rejeté la demande de mise en conformité formulée par le créancier car celui-ci ne démontrait pas que l'absence d'une marche rendait malaisé l'accès à la piscine. La solution est censurée par les juges du quai

⁴⁹⁸ V. par ex. Civ. 3^e, 19 février 1970, n° 68-13.866, *RTD civ.* 1970, p. 785, obs. G. Durry ; Civ. 3^e, 22 mai 2013, n° 12-16.217, *JCP G* 2013, 974, obs. P. Grosser ; *RDC* 2014/1, p. 22, note Y.-M. Laithier.

⁴⁹⁹ Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *D.* 2007, p. 1119, note O. Gout ; *D.* 2007, p. 2973, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 2007, I, 161, obs. M. Mekki ; *CCC* 2007, 144, note L. Leveneur ; *RDC* 2007/3, p. 719, obs. D. Mazeaud.

⁵⁰⁰ Rapp. V. Forti, V° « Exécution forcée », préc. n° 26.

⁵⁰¹ *Adde* la décision envisagée dans l'introduction pour illustrer l'absolutisme de l'exécution forcée : Civ. 3^e, 11 mai 2005, préc.

⁵⁰² Civ. 3^e, 17 janvier 1984, n° 82-15.982, *RTD civ.* 1984, p. 711, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1984, IV, 93.

de l'Horloge qui ont considéré, au visa de l'ancien article 1184 du Code civil, « que (...) la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque cette exécution est possible ». La mise en conformité, possible puisque se traduisant concrètement par la destruction puis la reconstruction de la piscine, est ainsi accordée au créancier alors que celui-ci ne souffre pas particulièrement du défaut initial. Une nouvelle fois, c'est l'assimilation entre l'exécution forcée et la force obligatoire, laquelle était particulièrement soulignée dans le premier moyen du pourvoi visant l'ancien article 1134 du Code civil, qui justifie la sanction alors qu'elle paraît inopportune *prima facie* au regard des efforts qu'elle requiert du débiteur et de l'absence d'inconvénients substantiels pour le créancier. Autrement dit, c'est bien l'engagement initial qui doit l'emporter et « [p]eu importe donc qu'un nageur normalement constitué puisse accéder à la piscine en trois marches si le créancier, plus sage ou moins alerte, s'était réservé le droit de ralentir l'allure ... »⁵⁰³.

225. Dans une décision du 16 juin 2015⁵⁰⁴, il était question de la construction d'une annexe à un chalet reliée au bâtiment existant par un auvent qui, du fait d'une erreur d'implantation, occultait partiellement une fenêtre du bâtiment précité. Alors que le créancier réclamait l'exécution forcée du contrat, laquelle nécessitait la destruction puis la reconstruction de l'annexe, les juges du fond ont rejeté la sanction sollicitée. Pour eux, l'absence de malfaçons de l'annexe en elle-même et la relativité du préjudice – seulement esthétique – subi par le créancier ne justifiaient pas l'opération de démolition puis reconstruction. La Cour de cassation censure la décision rendue en appel : « après avoir retenu que l'implantation des constructions nouvelles n'était pas conforme aux stipulations contractuelles et que la possibilité de leur mise en conformité, non contestée, était relevée par l'expert judiciaire, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé [l'ancien article 1184 du Code civil] ».

226. Ces décisions sommairement présentées témoignent de l'attachement des juges à l'exécution forcée en raison de sa relation avec la force obligatoire du contrat avant l'ordonnance du 10 février 2016. Le manquement à la lettre du contrat et la possibilité de la sanction *in specie* sont les deux seules conditions de l'exécution forcée. La sanction ne

⁵⁰³ J. Mestre, obs. sous Civ. 3^e, 17 janvier 1984, préc.

⁵⁰⁴ Civ. 3^e, 16 juin 2015, n° 14-14.612, *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015, p. 839, obs. Th. Genicon.

semble pas seulement être un droit pour le créancier ; elle est un droit quasiment absolu qui ne saurait céder face à un autre obstacle que celui de l'impossibilité. Bien d'autres décisions expriment cette rigueur⁵⁰⁵, même après la réforme du droit des contrats et la consécration du contrôle judiciaire de l'exécution forcée⁵⁰⁶. Force est toutefois de constater que la Cour de cassation est revenue sur cette rigueur pour les contrats soumis à l'ancien droit des contrats car, comme cela a été relevé⁵⁰⁷, elle a fait une application anticipée du contrôle l'article 1221 du Code civil dans deux arrêts récents⁵⁰⁸. Il faut noter que ces dernières décisions ne sont pas le résultat d'une évolution progressive de la position des juges du quai de l'Horloge en défaveur de l'absolutisme de l'exécution forcée. Elles sont la conséquence de l'innovation portée par l'article 1221 du Code civil et ne reflètent pas l'attitude judiciaire vis-à-vis l'exécution forcée antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016.

227. C'est dans ce contexte de primauté de l'exécution forcée fondée sur son assimilation doctrinale et prétorienne avec la force obligatoire qu'a fait irruption le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil. Le *Rapport au Président de la République* précise au demeurant que « [c]ette nouvelle exception vise à éviter *certaines décisions jurisprudentielles très contestées* »⁵⁰⁹. De fait, il semble toutefois se méprendre quelque peu car nombre de ces décisions, loin d'être « très contestées », sont approuvées par une doctrine attachée à la préservation de la force obligatoire. En réalité, à considérer la littérature, c'est la relativisation du droit à l'exécution forcée engendrée par le contrôle

⁵⁰⁵ V. par ex. Civ. 3^e, 15 février 1978, n° 76-13.532 (démolition puis reconstruction d'une maison dont l'implantation était défectueuse et entraînait un empiètement sur un terrain appartenant à une personne publique, même « [s']il est hors de proportion avec le dommage causé d'ordonner la démolition d'une maison construite depuis plus de dix années ») ; Civ. 3^e, 6 mai 2009, n° 08-14.505, *RDI* 2009, p. 426, obs. Ph. Malinvaud (démolition puis reconstruction d'une maison individuelle dont le plancher présentant une différence d'altimétrie de 35 centimètres avec le niveau prévu par le contrat) ; Civ. 3^e, 4 mai 2016, n° 15-15.899 (démolition puis reconstruction d'une maison individuelle en raison d'un défaut d'altimétrie de 77 centimètres, même si les risques d'inondations sont faibles).

⁵⁰⁶ V. par ex. Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-26.906, *RDI* 2018, p. 398, obs. Ph. Malinvaud ; *RTD civ.* 2018, p. 900, obs. H. Barbier (démolition puis reconstruction d'une maison individuelle pour réparer une erreur d'altimétrie de 40 centimètres par rapport aux prévisions contractuelles qui n'affecte pas l'habitabilité, le seul préjudice pour le créancier étant constitué de l'ajout d'une pente pour l'accès au garage) ; Civ. 3^e, 4 avril 2019, n° 18-11.839, (démolition puis reconstruction d'une maison individuelle pour réparer diverses erreurs d'altimétrie accordée par la Cour de cassation, les juges du fond ayant exclu la mesure car les défauts pouvaient être repris par une modification du permis de construire ou l'ajout de marches) ; Civ. 3^e, 17 octobre 2019, n° 18-20.044 (démolition puis reconstruction d'une maison individuelle pour une non-conformité du vide sanitaire, même si cela n'affecte pas la solidité de la construction).

⁵⁰⁷ V. *supra* n° 21.

⁵⁰⁸ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.

⁵⁰⁹ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 31 (nous soulignons).

de l'article 1221 du Code civil qui a fait l'objet de vives contestations au moment de réforme du droit des contrats.

2) Les critiques adressées au contrôle de l'article 1221 du Code civil

228. L'atteinte à l'exécution forcée synonyme d'une atteinte à la force obligatoire.- Considérant que l'exécution forcée est inextricablement liée à la force obligatoire, certains auteurs ont tendance à envisager ce qui touche à la première comme ayant inévitablement une influence sur la seconde. Dans cette perspective, toute atteinte à l'exécution forcée constitue forcément une atteinte à la force obligatoire. La relativisation du droit à l'exécution forcée que constitue le contrôle de l'article 1221 du Code civil ne pouvait donc qu'attirer les critiques.

229. Précédent de la critique : la question de l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contracter.- Les critiques relatives à l'article 1221 du Code civil pouvaient parfaitement être anticipées au regard du débat relatif à la sanction de la violation de la promesse unilatérale de contracter. Cette dernière s'analyse classiquement comme un contrat aux termes duquel un contractant, le promettant, donne irrévocablement son consentement pour la conclusion d'un futur contrat avec un autre contractant, le bénéficiaire, qui bénéficie quant à lui d'un droit d'option lui permettant de conclure le futur contrat. Or, que faire si en méconnaissance de la promesse conclue, le promettant décide de ne pas conclure le contrat envisagé et révoque son consentement ? Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation s'était exceptionnellement rangée à la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil pour admettre que l'exécution forcée de la promesse – qui se serait traduite par la conclusion forcée du contrat envisagé – n'était pas possible puisque « l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir (...) »⁵¹⁰. La solution retenue a été vigoureusement critiquée par une grande partie de la doctrine⁵¹¹, laquelle n'a pas eu de mal

⁵¹⁰ Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994, p. 230, obs. O. Tournafond ; *D.* 1995, p. 87, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1994, p. 584, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1995, II, 22366, obs. D. Mazeaud.

⁵¹¹ V. néanmoins M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 ; « L'engagement du promettant – Engagement au contrat préparatoire », *RDC* 2012/2, p. 633 ; D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p. 15.

à mettre en évidence ses travers techniques : le promettant ayant irrévocablement donné son consentement à la conclusion du contrat futur, sa rétractation ne devrait-elle pas être sans effet ? Dans la perspective de la présente étude, plus intéressant est encore l'argument politique avancé par les pourfendeurs de la solution adoptée par les juges du fond : celui de l'atteinte à la force obligatoire. Certains, qualifiant le raisonnement de la Cour de cassation de « spécieux »⁵¹², ont relevé « [qu']un consentement par hypothèse irrévocable ne peut être révoqué *sans priver le contrat de toute force obligatoire* et de toute sécurité juridique »⁵¹³. D'autres auteurs, à l'occasion de décisions similaires rendues par la Cour régulatrice, ont critiqué « ce “maintien” de jurisprudence, parce qu'il porte atteinte au cœur du modèle contractuel français et au principe du respect de la parole donnée »⁵¹⁴ en précisant que « c'est une spécificité de notre modèle contractuel (...) qu'il existe un lien irréductible entre la force obligatoire du contrat (...) et l'exécution forcée en nature »⁵¹⁵. Cette critique doctrinale n'est pas restée lettre-morte et, au lendemain de la réforme du droit des contrats, l'atteinte à la force obligatoire ne semble plus être qu'un mauvais et lointain souvenir. D'une part, l'article 1124 du Code civil vient désormais définir la promesse unilatérale de contracter et prévoir que « [l]a révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » (al. 2). D'autre part, la Cour de cassation est elle-même revenue sur sa jurisprudence pour les promesses conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme⁵¹⁶, faisant ainsi une application anticipée de l'article 1124 du Code civil.

230. La critique adressée à l'article 1221 du Code civil.- Bien qu'historique, la précédente illustration survit partiellement grâce à la nouvelle exception à l'exécution forcée consacrée à l'article 1221 du Code civil et plus particulièrement à travers l'appréciation qui en est faite par une partie de la doctrine. En effet, qu'elle soit encore au stade de l'embryon ou pleinement formée, l'exception qui relativise le droit à l'exécution

⁵¹² O. Tournafond, obs. sous. Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994, p. 230.

⁵¹³ *Ibid.* (nous soulignons).

⁵¹⁴ D. Mazeaud, obs. sous Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10.12-875, *D.* 2011, p. 1457.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *JCP G* 2021, 1226, note N. Molfessis ; *CCC* 2021, comm. 76, note L. Leveneur ; *D.* 2021, p. 1574, note L. Molina ; *RTD civ.* 2021, p. 630, obs. H. Barbier ; *RDC* 2021/4, p. 12, note F. Dourneaux.

forcée du créancier est perçue comme constituant une « inflexion considérable »⁵¹⁷ ou « une grave atteinte »⁵¹⁸ à la force obligatoire du contrat dont la légitimité serait « discutable »⁵¹⁹. Plus encore, il a été remarqué que « celui qui a une connaissance approfondie du droit des contrats et de la pratique sait pertinemment qu'elle peut ruiner *de facto* la force obligatoire du contrat »⁵²⁰. Ces différents commentaires, démontrent de nouveau que l'assimilation entre force obligatoire et exécution forcée conduit nécessairement à la condamnation de toute relativisation de cette dernière qui participe de la « "faiblesse obligatoire" du contrat »⁵²¹.

231. Il convient néanmoins de souligner une différence entre les deux illustrations qui viennent d'être fournies, différence qu'il ne faut pas malgré tout surestimer. S'il est à chaque fois question d'atteinte à la force obligatoire du contrat, il s'agit de relever que le principe de l'intangibilité du contrat qui en découle va lui-même se dédoubler entre l'irrévocabilité et l'immutabilité du contrat. En effet, l'article 1193 du Code civil dispose que « [l]es contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». En application du principe de l'irrévocabilité du contrat, il n'est guère possible pour une partie de revenir unilatéralement sur son consentement et donc son engagement. Partant, si l'assimilation de l'exécution forcée à la force obligatoire est admise, la solution historique en matière de révocation de la promesse unilatérale de contracter s'oppose à l'irrévocabilité du contrat : en ne prononçant pas l'exécution forcée de la promesse, et même s'il engage sa responsabilité, le promettant est autorisé à renier son engagement et donc la force obligatoire qui y est attachée. En application du principe de l'immutabilité du contrat, il n'est cette fois-ci pas possible pour une partie seule ou le juge de modifier la portée de l'engagement initialement souscrit. Il s'agit là d'un ordre intimé aux parties et au juge – le contrat doit rester tel qu'il est – qui tolère seulement des entorses lorsque la loi le permet ou lorsque les deux parties y consentent. À l'occasion des critiques adressées au contrôle de l'article 1221 du Code

⁵¹⁷ Th. Genicon, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p. 625, spéc. n° 11. *Adde*, du même auteur, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », préc.

⁵¹⁸ L. Leveneur, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *CCC* 2008, rep. 10.

⁵¹⁹ H. Lécuyer, « L'inexécution du contrat », *CCC* 2016, doss. 7, spéc. n° 12.

⁵²⁰ O. Tournafond, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », préc., spéc. p. 39.

⁵²¹ Th. Genicon, « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats », *in* « Table ronde : Les défis du droit des contrats », *CCC* 2020, dossier 12.

civil, c'est bien le principe de l'immutabilité du contrat qui est brandi. Encore une fois, si l'assimilation de l'exécution forcée à la force obligatoire est admise, l'argument se comprend : écarter l'exécution forcée lorsqu'elle est manifestement disproportionnée, n'est-ce pas permettre au juge de retoucher le contenu contractuel initialement fixé par la volonté des parties ?

232. Conclusion.- En définitive, « [l]'exécution forcée [étant] le bras armé de la force obligatoire »⁵²², il n'est pas étonnant que de nombreux auteurs perçoivent le nouveau contrôle de l'article 1221 du Code civil comme un risque de voir cette force obligatoire en partie amputée. Au regard de la place fondamentale de la force obligatoire dans le modèle contractuel français, la mise en accusation du contrôle était inévitable. Sa condamnation l'est-elle pour autant ? Pour répondre à l'interrogation, il convient désormais d'apprécier l'atteinte à la force obligatoire.

B) L'APPRECIATION DE L'ATTEINTE

233. La consécration du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée par l'article 1221 du Code civil constitue pour d'aucuns une atteinte à la force obligatoire devant *de plano* être condamnée. Toutefois, il n'est pas exclu que cette condamnation soit remise en cause. Pour ce faire, deux pistes sont *a priori* exploitables, bien que seule la seconde semble à même d'emporter la conviction. A suivre la première piste, l'atteinte à la force obligatoire du fait de la relativisation du droit à la sanction *in specie* doit être écartée en raison de l'absence de relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée (1). Cette première piste ne convainquant pas, il faut plutôt rechercher la remise en cause de la condamnation sur un autre terrain, celui de la multiplication des atteintes tolérées à la force obligatoire (2).

1) L'absence de relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée

234.L'assimilation entre la force obligatoire et l'exécution forcée : une confusion entre la norme et sa sanction.- Pour contester l'atteinte à la force obligatoire engendrée

⁵²² D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 6^e éd., Bruylant, 2021, n° 958, p. 694.

par le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, l'argumentaire le plus radical consiste à contester toute relation entre la sanction et cette valeur cardinale du droit des contrats. Le raisonnement peut se reposer sur des travaux – relativement récents et nourris de droit comparé – qui ont secoué la présentation habituellement faite de l'exécution forcée en droit français⁵²³. L'essentiel de la charge fut mené par M. Laithier dans sa thèse de doctorat, une *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*⁵²⁴. Après avoir fort opportunément démontré que l'exécution forcée n'a pas été à travers les siècles et les pays une sanction naturelle, et que son irrésistible ascension était le fait de son assimilation avec la force obligatoire du contrat, l'auteur considère que la matière est traversée par une confusion entre la norme et la sanction⁵²⁵. Pour lui, s'il est vrai que l'inexécution du contrat par le débiteur doit faire l'objet d'une sanction dans la mesure où ce fait constitue une violation de sa force obligatoire, une telle violation ne présuppose en rien la sanction à appliquer. Évoquer la force obligatoire dans le cadre de l'inexécution du contrat signifierait simplement qu'une sanction doit être dirigée contre le débiteur, rien de plus : « [c]e que [l'ancien] article 1134 “garantit”, c'est donc l'*existence* d'une sanction en cas d'inexécution du contrat, la possibilité juridique d'exiger une réparation ou d'infliger une peine au débiteur défaillant (...) ; cet article est, si l'on veut, le fondement lointain de l'ensemble des sanctions de l'inexécution, mais ne peut pas être celui de la seule exécution forcée en nature »⁵²⁶. Partant, le choix de la sanction à appliquer « est précisé par une norme distincte »⁵²⁷.

235. Conséquence de la distinction entre la force obligatoire et l'exécution forcée : une redéfinition des contours de l'exécution forcée.- Le constat de confusion qui vient d'être présentée aurait pour conséquence logique et destructrice l'absence de primauté de l'exécution forcée⁵²⁸. Cela ne signifierait en rien que cette dernière cesserait d'être

⁵²³ V. 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 », in *Le contrat au début du XX^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit. Adde*, plus récemment, S. Pellet, « Sanction de la violation d'une promesse unilatérale de contrat : l'épilogue ? », *RDC* 2020/1, p. 20.

⁵²⁴ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.* ; du même auteur, « La prétendue primauté de l'exécution forcée », *RDC* 2005/1, p. 161.

⁵²⁵ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 36 et s., p. 58 et s.

⁵²⁶ *Ibid.*, n° 38, p. 59 (l'auteur souligne).

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ *Ibid.*, n° 44, p. 67.

prononcée par le juge à la demande du créancier, mais simplement qu'elle cesserait d'être prononcée à la *seule* demande du créancier, sans que le juge n'exerce son contrôle. Au-delà, il conviendrait de noter qu'ici, comme ailleurs, la destruction s'avèrerait en réalité créatrice puisque la relativisation de l'exécution forcée aurait mécaniquement pour conséquence de rompre avec « l'appauvrissement singulier du débat doctrinal entourant cette sanction en France »⁵²⁹. Il est vrai que quelques appréciations portant sur la nouvelle exception à l'exécution forcée témoignent, en apparence du moins, du fait que pour certains le débat commence et s'achève à la force obligatoire. Reposer la question des contours de l'exécution forcée laisserait ainsi plus de place à la question de l'opportunité de la sanction dans certaines hypothèses, notamment lorsqu'elle semble manifestement disproportionnée. En somme, à retenir l'absence de relation entre l'exécution forcée et la force obligatoire, il faudrait conclure à l'absence d'atteinte à la force obligatoire engendrée par la nouvelle exception à l'exécution forcée.

236. Appréciation critique de la distinction entre la force obligatoire et l'exécution forcée.- La remise en cause de la relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée est saluée par certains auteurs pourtant attachés à la primauté de l'exécution forcée⁵³⁰. Malgré tout, la critique de l'aveuglement français n'aboutit pas nécessairement à une remise en cause de la primauté de l'exécution forcée ; elle peut aussi conduire à une perception simplement renouvelée. Certes, la démonstration de M. Laithier permet de concevoir autrement la force obligatoire du contrat : alors que la conception française trace une ligne directe entre elle et la prestation promise, d'autres conceptions opèrent une disjonction entre ces deux éléments pour en retenir une conception plus économique. Néanmoins, il est possible de penser que cette démonstration tombe dans l'excès inverse lorsqu'elle entend apposer un sceau technique sur ces autres conceptions. Il peut ainsi lui être reproché de vouloir donner à la force obligatoire « une signification objective qui vaudrait en tout temps et en tout lieu »⁵³¹ et de tenir la conception retenue dans les systèmes de *Common Law* comme valable universellement. En vérité, et c'est d'ailleurs ce que met à jour l'étude comparative de M. Laithier, il convient d'admettre que la force obligatoire est susceptible d'avoir une signification qui varie d'un système juridique à l'autre car elle est le fruit d'innombrables éléments juridiques et culturels susceptibles d'évolution. Autrement dit, la

⁵²⁹ *Ibid.*, n° 39, p. 60.

⁵³⁰ V. par ex. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 363, p. 262.

⁵³¹ *Ibid.*, n° 362, p. 262.

teneur de la force obligatoire est moins donnée que construite ; il s'agit d'un choix politique. Le présent propos ne prétend en rien dresser la liste exhaustive de ces éléments justifiant l'existence ou l'inexistence d'une relation entre la force obligatoire et la prestation promise. Assurément, toutefois, l'élaboration de la *Common Law*, *lato sensu*, dans les prétoires traitant de litiges commerciaux, conduit à une approche différente de celle du droit français des contrats, imprégné de considérations morales. Pour le juriste français, le caractère obligatoire du contrat s'entend notamment comme le fait que l'inexécution soit en premier lieu sanctionnée par l'exécution *in specie* de la prestation promise car c'est en considération de cette prestation que la relation contractuelle a été engagée. Il n'est d'ailleurs pas le seul à avoir fait ce choix politique de la faveur pour l'exécution forcée : comme cela a été observé, les systèmes juridiques qui admettent également la primauté de l'exécution forcée le font au nom du respect de la force obligatoire du contrat⁵³². La contestation de la thèse de M. Laithier ne conduit pas nécessairement à une remise en cause de toutes les conclusions qu'il tire de l'absence de relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée. En effet, à partir du moment où il est admis que la relation précitée procède d'un choix politique construit, les contours de l'exécution forcée se trouvent davantage ouverts à la discussion. La seule différence avec la thèse de M. Laithier est que l'exécution forcée demeure la sanction de principe en raison de sa relation intime avec la force obligatoire, les modifications de ses contours devant par conséquent être envisagés comme des exceptions.

237. En définitive, la contestation de l'atteinte à la force obligatoire engendrée par le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée peut difficilement reposer sur une remise en cause de la relation entre la sanction et la force obligatoire. Le droit français a fait le choix politique d'une telle relation et la comparaison avec d'autres systèmes juridiques adoptant une position différente permet simplement de dire que la solution française – au demeurant partagée par d'autres systèmes – est plus ouverte à la discussion qu'elle n'y paraît. Autrement dit, si le contrôle de l'exécution forcée porte nécessairement atteinte à la force obligatoire, il ne faudrait pas forcément y voir un mal absolu. Le sentiment se confirme quand est observée la multiplication des atteintes tolérées à la force obligatoire au-delà de l'exécution forcée.

⁵³² V. *supra* n° 189 et s.

2) La multiplication des atteintes tolérées à la force obligatoire

238. Possibilité de rechercher une valeur justifiant l'atteinte à la force obligatoire.- Tout en reconnaissant la relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée, la condamnation du contrôle de l'article 1221 du Code civil peut être remise en cause au regard de la multiplication des atteintes à la force obligatoire qui sont aujourd'hui tolérées. Il ne s'agit surtout pas ici de considérer que la seule existence d'autres atteintes à la force obligatoire est de nature à justifier celle qui est envisagée ; l'argument d'accumulation ne saurait être convaincant. Bien plutôt, dans la continuité du précédent propos, il s'agit ici d'illustrer le fait que les contours de la force obligatoire font en vérité l'objet d'un choix politique. Plus concrètement encore, il semble que chaque potentiel accroissement à la force obligatoire calquée sur la prestation promise fasse l'objet d'un débat poussant à rechercher une valeur ou un intérêt le justifiant. Autrement dit, de la même manière que certaines infractions pénales peuvent échapper à la condamnation en raison d'un fait justificatif, l'atteinte à la force obligatoire est susceptible d'échapper à la condamnation en raison d'une valeur justificative. Force est alors d'admettre que de nombreuses condamnations adressées au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée l'ont été sans que se tienne ce débat de politique juridique, sans qu'une recherche de la valeur qui viendrait justifier l'atteinte à la force obligatoire soit effectuée. Il en ressort que ces condamnations pourraient dans un premier temps être qualifiées d'hâtives, un tel constat étant de nature à relativiser – au moins temporairement – l'atteinte à la force obligatoire. L'existence de la démarche esquissée, et qui consiste à rechercher une justification à l'atteinte à la force obligatoire, peut être illustrée par deux exemples : la révision pour imprévision désormais admise en droit des contrats français et, plus proche du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, l'exception tirée de l'impossibilité de l'exécution forcée.

239. Premier exemple d'atteinte à la force obligatoire justifiée : la révision pour imprévision.- La question classique de la révision du contrat pour imprévision a connu un renouveau certain à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, le fait qu'un contrat voit son économie bouleversée à la suite d'un événement imprévisible n'était pas de nature à justifier sa remise en cause par le

juge. Le rejet de la théorie de l'imprévision, depuis le fameux arrêt *Canal de Craponne*⁵³³, a constitué un édifice du paysage contractuel français qui a résisté aux assauts du temps⁵³⁴. Seules quelques décisions sont venues le fissurer sans remettre véritablement en cause sa stabilité⁵³⁵. Il faut dire que la solution repose sur un principe des plus solides – la force obligatoire du contrat – qui serait bien malmené si le juge était autorisé à retoucher les termes du contrat devenu déséquilibré⁵³⁶. Il n'est guère surprenant que le nouvel article 1195 du Code civil ait causé un véritable séisme en revenant sur cette jurisprudence séculaire : la disposition fait peser sur les parties une obligation de renégociation « [s]i un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque » (al. 1^{er}) et autorise même le juge, si la première option n'aboutit pas, à « révis[er] le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe » (al. 2). Considérable, l'attention doctrinale – et parlementaire au moment de la loi de ratification – pour la disposition concerne la mise en œuvre du nouveau pouvoir judiciaire de révision, mais aussi le principe même de ce pouvoir qui porte atteinte à la force obligatoire du contrat⁵³⁷. Il faut alors admettre que le grief tiré de l'atteinte à cette dernière n'a pas emporté la conviction des auteurs de la réforme et que les arguments par le passé égrenés à l'encontre de la jurisprudence *Canal de Craponne* sont dorénavant ceux qui justifient la nouvelle solution. L'atteinte à la force obligatoire se trouve ainsi justifiée par le fait qu'elle permet de rompre avec l'isolement passé qu'avait pu suggérer la démarche comparative – interne comme externe⁵³⁸ –, et surtout par le fait qu'elle évite que la rectitude de la lettre contractuelle conduise à des situations contraires à l'exigence de bonne foi ou encore à des hypothèses d'inefficacité économique à la suite de la ruine potentielle du débiteur⁵³⁹. L'évolution de la

⁵³³ Civ., 5 mars 1876, *Canal de Craponne*, *D.* 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot ; *GAJC*, t. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 165, p. 172.

⁵³⁴ Pour une illustration récente du rejet de la théorie de l'imprévision, v. not. Com., 7 janvier 2014, n° 12-17.154.

⁵³⁵ V. not. Com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre (obligation de renégocier le contrat déséquilibré fondée sur la notion bonne foi) et Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2484, note Th. Genicon ; *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud (caducité du contrat devenu déséquilibré fondée sur la notion de cause).

⁵³⁶ En ce sens, v. not. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 630, p. 733 et s.

⁵³⁷ P. Ancel, « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 15, spéc. n° 20 et s.

⁵³⁸ V. not. P. Ancel, *V°* « Imprévision », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2017, n° 32 et s. (comparaison avec les droits étrangers et systèmes internationaux) et n° 18 et s. (comparaison avec la jurisprudence administrative).

⁵³⁹ En ce sens, v. not. D. Mazeaud, « La révision du contrat », *LPA* 2005, n° 149, p. 4. *Contra* F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 629 et s., p. 733 et s.

solution en matière de révision pour imprévision témoigne qu'une atteinte à la force obligatoire peut se trouver justifiée par une valeur reconnue par le système juridique. Il s'agit alors de constater que les contributions qui condamnent le nouveau pouvoir judiciaire de l'article 1221 du Code civil ne procèdent pas à la recherche de cette éventuelle justification. Faut-il en déduire que la sanction envisagée est si proche de la force obligatoire que sa remise en cause ne peut trouver aucune justification ? Il paraît difficile de soutenir une telle solution dans la mesure où le contrôle de la disproportion manifeste ne constitue pas la seule limite au droit à l'exécution forcée ; il faut également compter sur l'impossibilité de l'exécution forcée.

240. Second exemple d'atteinte à la force obligatoire justifiée : l'impossibilité de l'exécution forcée.- L'étude de la question de l'impossibilité de l'exécution forcée montre que la sanction supposée être la gardienne de la force obligatoire n'a jamais été conçue de manière parfaitement absolue, et qu'elle est susceptible de céder face à certaines valeurs concurrentes qui diffèrent selon l'impossibilité en jeu. En effet, si l'article 1221 précité vise génériquement le terme « impossibilité », il s'agit en vérité de réunir les trois formes d'impossibilité autrefois retenues par les auteurs et la jurisprudence dont les enseignements gardent toute leur pertinence⁵⁴⁰.

241. La première forme d'impossibilité, l'impossibilité dite matérielle, est la plus évidente, même si elle est rarement rencontrée. Au visa de cette exception, le créancier victime de l'inexécution du contrat ne peut obtenir son exécution forcée lorsque celle-ci est devenue absolument impossible pour des raisons matérielles, notamment lorsque le bien unique qui devait être livré est détruit⁵⁴¹. En matière d'impossibilité matérielle, l'impossibilité est habituellement conçue de manière absolue de sorte qu'on ne peut faire rentrer dans son giron l'hypothèse de la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée pour le débiteur⁵⁴². Toutefois, il est des décisions, isolées et contestables, à l'occasion desquelles les juges ont retenu une vision plus souple de cette impossibilité matérielle, par

⁵⁴⁰ En ce sens, v. not. P. Grosser, « L'exécution forcée en nature », préc., n° 1.2.1.

⁵⁴¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1986, *JCP G* 1987, IV, 60.

⁵⁴² V. G. Maire, *Volonté et exécution forcée*, *op. cit.*, n° 265, p. 343 (et les références citées). *Contra* D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 962, p. 697.

exemple lorsqu'un modèle de véhicule ne peut être livré du fait de l'arrêt de sa fabrication⁵⁴³.

242. La deuxième forme d'impossibilité, dite juridique, fait cette fois-ci obstacle à la volonté du créancier alors que l'exécution forcée est matériellement possible. La loi, un acte administratif ou une décision judiciaire peuvent en certaines occasions interdire le recours à la sanction pourtant perçue comme la plus respectueuse de la force obligatoire. En d'autres hypothèses, ce sont les droits acquis par des tiers, notamment sur une chose objet d'un contrat, qui pourront être brandis pour exclure l'exécution forcée du contrat⁵⁴⁴.

243. La troisième et dernière forme d'impossibilité, l'impossibilité morale, est incontestablement celle qui a fait l'objet de la plus grande attention doctrinale. Cela n'est guère surprenant puisqu'elle est l'héritière de l'adage *nemo praecise cogi potest ad factum* selon lequel l'individu ne peut être contraint dans sa personne à faire quelque chose. Seulement, la montée en puissance de l'exécution forcée en droit français fut mécaniquement accompagnée d'une réduction du champ d'application de l'adage. À la veille de la réforme du droit des contrats – comme à sa suite – le débiteur ne peut opposer l'exception tirée du caractère immoral de la sanction que lorsque l'obligation en cause présente un caractère purement personnel, c'est-à-dire selon Carbonnier « quand l'activité qui en est l'objet doit mettre en jeu des *qualités* irréductiblement *individuelles* du débiteur »⁵⁴⁵. La question a donné lieu à des décisions fort évocatrices : il est impossible de forcer le peintre à achever le portrait qu'on lui avait commandé⁵⁴⁶, de contraindre le comédien qui ne respecte pas son accord d'exclusivité à quitter les planches d'un théâtre concurrent⁵⁴⁷, d'intimer à la strip-teaseuse de procéder à l'effeuillage convenu⁵⁴⁸.

244. Les impossibilités d'exécution forcée, telles qu'elles viennent d'être présentées, ne font pas l'objet d'une condamnation pour atteinte à la force obligatoire –

⁵⁴³ Com., 5 octobre 1993, n° 90-21.146. *Adde* le raisonnement des juges du fond dans les décisions faisant une application anticipée du contrôle de l'exécution forcée (Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.), lesquels avaient retenu que la destruction des ouvrages litigieux était « impossible en pratique » en raison de l'ampleur et des conséquences pour les locataires.

⁵⁴⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, n° 07-11.282, *AJDI* 2009, p. 218, obs. F. de la Vaissière.

⁵⁴⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 1288, p. 2540 (l'auteur souligne). *Adde* A. Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G* 2008, I, 210.

⁵⁴⁶ Civ., 20 janvier 1900, *DP* 1900, 1, 497.

⁵⁴⁷ Civ., 4 juin, 1924, *DH* 1924, p. 469.

⁵⁴⁸ TGI Paris, 8 novembre 1973, *D.* 1975, p. 401, note M. Puech.

alors qu'elles entraînent effectivement une telle atteinte du fait du relâchement de la sanction *in specie* de l'inexécution – car d'autres valeurs ou intérêts viennent les justifier. Ainsi, l'impossibilité matérielle est justifiée par une le réalisme matériel et l'impossibilité juridique trouve sa justification dans la protection des règles normatives, des décisions judiciaires et des droits acquis par les tiers. Le raisonnement mené pour l'impossibilité morale est encore plus pertinent pour la présente étude car, la concernant, l'obstacle ne vient pas de la nature des choses ou d'une situation juridique dictée par une tierce entité. C'est la situation du débiteur qui s'est engagé à faire une action déterminée, mais dont la liberté individuelle est en jeu, qui justifie l'atteinte à l'exécution forcée et donc à la force obligatoire alors que, *dans l'absolu*, la sanction *in specie* est possible. En fin de compte, l'exception tirée de l'impossibilité de l'exécution forcée témoigne du fait que toute atteinte à la force obligatoire est susceptible d'être justifiée par ailleurs. Cette atteinte ne saurait donc être condamnée avant que ne s'engage une recherche et une discussion sur d'éventuelles valeurs justificatives. Or, les condamnations adressées au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée font souvent l'économie de cette recherche et de cette discussion, refusant ainsi que se tienne le débat de politique juridique dont l'issue permet de dessiner les contours de la force obligatoire et de l'exécution forcée. Pour cette raison, les condamnations précitées peuvent ici être qualifiées d'hâtives, et l'atteinte à la force obligatoire non déterminante. L'intuition sera confirmée lorsque sera envisagée la finalité du contrôle de l'exécution forcée : visant à éviter le gaspillage excessif des ressources du débiteur, il promeut dans une certaine mesure l'efficacité économique. Or, une telle finalité peut servir de valeur justificative de l'atteinte à la force obligatoire que suppose la relativisation de l'exécution forcée⁵⁴⁹.

245. Conclusion.- Si le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée porte atteinte à la force obligatoire du contrat, il ne faut pas conclure dès à présent à l'inopportunité du contrôle précité. L'assertion ne repose pas sur la démonstration que l'exécution forcée et la force obligatoire n'entretiennent pas de liens, une telle approche méconnaissant trop la construction faite par les juristes français pour pouvoir prospérer. Bien plutôt, elle repose sur le fait que l'atteinte à la force obligatoire peut trouver une justification dans une autre valeur reconnue par le système juridique, les contours de la

⁵⁴⁹ V. *infra* n° 354 et s.

force obligatoire et de l'exécution forcée étant moins dictés par la nature des choses que le fruit d'un débat d'ordre politique.

246. Conclusion du paragraphe.- L'assimilation de l'exécution forcée à la force obligatoire opérée avant la réforme du droit des contrats a nécessairement constitué un obstacle sur le chemin de la nouvelle exception visée à l'article 1221 du Code civil. Pour les opposants à cette dernière, l'assimilation ne pouvait qu'entraîner sa condamnation – sans recours – au regard de l'atteinte à la force obligatoire prise en tant que valeur du système juridique. Difficile alors de voir une quelconque opportunité dans la nouvelle prérogative judiciaire. En vérité, cette condamnation est sans doute précipitée car elle ne laisse pas de place à un véritable débat politique relatif aux contours de la force obligatoire et, corrélativement, à ceux de l'exécution forcée. Or, les autres atteintes à la force obligatoire admises révèlent qu'un tel débat a systématiquement lieu et qu'il peut être l'occasion de mettre en avant une valeur qui viendrait justifier l'accroc dans cette autre valeur qu'est la force obligatoire. Avant de conclure à l'inopportunité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée en raison de l'atteinte à la force obligatoire, il est donc impératif d'effectuer un travail de recherche d'une éventuelle valeur justificative. L'étude de la finalité du contrôle permettra d'identifier cette valeur justificative pour conclure *in fine* à son opportunité⁵⁵⁰. L'atteinte à la force obligatoire en tant que valeur du système, prise dans une approche théorique, étant relative, il faut désormais voir si la même conclusion s'applique à la force obligatoire considérée de manière plus concrète.

§2 L'ATTEINTE CONCRETE A LA FORCE OBLIGATOIRE

247. Dans la lignée de l'atteinte théorique à la force obligatoire que causerait la nouvelle exception à l'exécution forcée, certains auteurs ont pu assurer que cette dernière allait également entraîner un recul de la force obligatoire en pratique, *in concreto*. Autrement dit, la nouvelle exception serait une échappatoire pour les débiteurs, lesquels seraient poussés à ne pas respecter leurs engagements. Une nouvelle fois, l'atteinte doit être exposée (**A**) puis appréciée (**B**).

⁵⁵⁰ V. *infra* n° 271 et s.

A) L'EXPOSE DE L'ATTEINTE

248. Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée constituerait une incitation à l'inexécution des engagements contractuels (1), ce qui dénoterait par rapport à la tendance contemporaine à l'appréhension des comportements illégitimement lucratifs (2).

1) L'incitation à l'inexécution des engagements contractuels

249. Une échappatoire pour les débiteurs.- L'exécution forcée est généralement perçue comme la sanction contractuelle la plus à même d'inciter le débiteur à respecter son engagement. L'idée se comprend aisément : si échapper à ce qui a été souscrit dans le contrat n'est guère possible, alors le débiteur n'envisagera pas de commettre une inexécution partielle ou totale de ses obligations. Il serait donc à craindre que l'affaiblissement de la sanction conduise à l'effet inverse. La nouvelle exception étudiée pousserait le débiteur à en faire moins pour gagner plus : conscient qu'il n'aura pas à parfaire une obligation inexécutée si cette sanction rentre dans le cadre de l'exception prévue à l'article 1221 du Code civil, le débiteur tenterait systématiquement sa chance en commettant sciemment de petites inexécutions, ne menaçant pas réellement l'intérêt du créancier. À lire certains auteurs, si l'absolutisme de l'exécution forcée dissuade les débiteurs de méconnaître les termes du contrat afin de réaliser des profits, sa relativité pousse ces mêmes débiteurs à se détourner de la lettre du contrat. Autrement dit, l'exécution forcée « incite puissamment les professionnels à remplir leurs obligations »⁵⁵¹ car si « le débiteur, qui est souvent un professionnel, est fréquemment tenté de modifier à sa guise les caractères de la chose promise ou du service à rendre »⁵⁵², « ce qui [l']arrête le plus souvent (...), c'est la crainte de voir le créancier réclamer l'exécution en nature de la promesse contractuelle, surtout si celle-ci entraîne des coûts hors de proportion avec l'économie réalisée, donc dissuasifs »⁵⁵³. Pour d'autres, mais toujours dans le même sens, l'article 1221 du Code civil « suggère [aux entreprises] de nouvelles échappatoires pour violer leurs

⁵⁵¹ O. Tournafond, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », préc.

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *Ibid.*

engagements »⁵⁵⁴ dans la mesure où « lorsque les entreprises ne tiennent pas leurs engagements, ce n'est que rarement par malice ou impéritie : elles le font par intérêt, lorsqu'elles ont calculé clairement ou instinctivement, qu'elles croient avoir plus à gagner qu'à perdre en ne s'exécutant pas »⁵⁵⁵. Alarmistes, les propos qui précèdent et le jugement qu'ils véhiculent ne surprennent pas pour autant. En effet, ils reflètent une volonté pressante en droit français d'appréhender les comportements illégitimement lucratifs.

2) L'appréhension des comportements illégitimement lucratifs

250. Tendances contemporaines à l'appréhension des comportements illégitimement lucratifs.- L'enrichissement des opérateurs économiques n'est pas en soi blâmable ou réprimandé par le droit, lequel contribue systématiquement, quoique non exclusivement, au développement des richesses. En revanche, il est des enrichissements qui méritent un tout autre jugement dans la mesure où ils procèdent plus ou moins directement de la violation d'une norme juridique. Depuis un certain temps déjà, le problème est désigné sous l'expression « faute lucrative »⁵⁵⁶. Cette dernière peut être définie comme une faute « qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laiss[e à son] auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'y ait aucune raison de ne pas [la] commettre »⁵⁵⁷. Depuis tout aussi longtemps, sont perçus les dangers que peuvent représenter de tels comportements pour les systèmes juridique et économique. Force est toutefois de constater que la réponse du droit face à ces fautes lucratives demeure timide. Certes, les juges ont pu neutraliser en partie ces fautes en se cachant derrière le pouvoir souverain dont ils disposent à l'occasion de la détermination de l'indemnité due⁵⁵⁸. De même, le législateur a pu intervenir de manière ponctuelle dans le même sens, notamment en matière de contrefaçon, en prévoyant que les dommages-intérêts versés par le contrefacteur seraient déterminés en

⁵⁵⁴ Th. Genicon, « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », préc.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Sur laquelle, v. en général N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, Economica, 2018, préf. M. Béhar-Touchais.

⁵⁵⁷ B. Starck, H. Rolland et L. Boyer, *Obligations, I. Responsabilité délictuelle*, 4^e éd., Litec, 1991, n° 1480, p. 601.

⁵⁵⁸ En ce sens, v. not. I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.* 2017, p. 19, spéc. n° 8.

prenant en compte le préjudice subi par la victime, mais aussi les bénéfices réalisés par l'auteur du dommage⁵⁵⁹. Il demeure qu'aucune réponse globale en matière de responsabilité civile extracontractuelle n'a vu le jour à cause de l'attachement, en cette matière, au principe de la réparation intégrale.

251. Ce dernier constat pourrait bien être en sursis, même si la prudence est ici de rigueur. L'ultime acte de la réforme du droit des obligations que constitue la réforme du droit de la responsabilité civile pourrait consacrer un mécanisme général permettant de lutter contre les fautes lucratives. En effet, de l'Avant-projet Catala-Viney (art. 1371) au Projet de loi réformant la responsabilité civile extracontractuelle de 2017 (art. 1266-1) en passant par l'Avant-projet Terré (art. 54) et la Proposition de loi Bételle (art. 1386-25), il est systématiquement question d'appréhender les fautes lucratives. Si les termes et modalités de ces mécanismes ne sont pas identiques, ils témoignent d'une volonté constante de redonner à la responsabilité civile une certaine dimension normative, laquelle avait été éclipsée au fur et à mesure par sa fonction réparatrice⁵⁶⁰. Néanmoins, une proposition de loi déposée par des sénateurs en juillet 2020 a tout simplement supprimé la référence à une amende civile⁵⁶¹, ce retrait étant sans doute plus dû aux caractéristiques de l'outil qu'à l'esprit qui l'anime.

252. La lutte contre les comportements illégitimement lucratifs ne s'épuise pas dans la matière extracontractuelle. Certes, le Projet de loi réformant la responsabilité civile de 2017 a retouché le texte de l'avant-projet de loi en précisant que l'amende civile sanctionnant la faute lucrative devrait intervenir dans le seul cadre de la responsabilité extracontractuelle. Néanmoins, le droit des contrats est tout aussi concerné par la lutte précitée. Nombreuses sont les règles relevant de la matière qui entendent enrayer les fautes lucratives, que ce soit la remise en cause de l'efficacité de certaines clauses lorsqu'une telle faute est démontrée⁵⁶², ou encore la validité quasiment généralisée des clauses pénales qui permettent aux

⁵⁵⁹ Art. L. 331-1-3 Code de la propriété intellectuelle. Sur la disposition, v. not. P.-Y. Gautier, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021, n° 887, p. 652 (avec le concours de N. Blanc).

⁵⁶⁰ Sur le retour de cette dimension normative, v. N. Allix, *Les sanctions pécuniaires civiles*, LGDJ, 2022, préf. L. Leveneur.

⁵⁶¹ Proposition de loi n° 678 du 29 juillet 2020 portant réforme de la responsabilité civile. Sur cette proposition, v. not. M. Baccache, « Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *JCP G* 2020, 1007, spéc. p. 1564 et s.

⁵⁶² V. par ex. les clauses limitatives de responsabilité dont l'efficacité est remise en cause selon les circonstances de l'inexécution : v. *infra* n° 843 et s.

cocontractants de se prémunir contre les fautes lucratives. Il est *a priori* difficile d'exclure les règles relatives à l'exécution forcée du mouvement de lutte contre les comportements illégitimement lucratifs. Dans cette perspective, un élément du régime de la sanction qui favoriserait de tels comportements ne devrait-il pas faire l'objet d'une condamnation ainsi que d'une correction ?

253. Conclusion. L'exécution forcée se présentant comme un rempart face aux fautes lucratives des débiteurs, la relativisation de cette sanction opérée par la nouvelle exception visée à l'article 1221 du Code civil inciterait les débiteurs à ne pas respecter leurs engagements afin d'en retirer un certain profit. Or au regard de la volonté contemporaine de lutter contre les fautes lucratives, ne faudrait-il pas conclure à l'inopportunité d'une telle relativisation ? Une nouvelle fois, il s'agit d'apprécier les mérites de la condamnation.

B) L'APPRECIATION DE L'ATTEINTE

254. Confier au juge le pouvoir de rejeter la demande d'exécution forcée formulée par le créancier au motif que la sanction est manifestement disproportionnée serait de nature à inciter les débiteurs à ne pas respecter leurs engagements contractuels. La condamnation prononcée au nom de l'atteinte concrète à la force obligatoire semble également hâtive. Une nouvelle fois, la remise en cause de la condamnation est susceptible de procéder de deux raisonnements, dont seul le second emporte la parfaite conviction. Le premier raisonnement vise à minimiser l'importance des sanctions juridiques dans la décision du débiteur (1), ce dernier s'interrogeant sur le respect de ses engagements contractuels. Le second raisonnement repose sur la prise en compte de la faute lucrative dans le régime de la nouvelle exception à l'exécution forcée (2).

1) La minimisation de l'importance de la sanction juridique dans la décision du débiteur

255. Concurrence de la sanction juridique dans le processus décisionnel du débiteur.- Pour remettre en cause l'atteinte « concrète » à la force obligatoire qu'engendre la nouvelle exception à l'exécution forcée, il est possible de considérer que sa condamnation repose sur une surestimation des capacités des normes juridiques. Autrement

dit, trop d'importance serait donnée à la sanction juridique dans la décision du débiteur de respecter ou de ne pas respecter ses engagements. L'assertion se comprend s'il est rappelé que la faute lucrative, dans une approche subjective, est une faute intentionnelle qui repose sur un calcul effectué par le débiteur convoquant le gain qu'il espère tirer de la violation de la norme et le coût qui pourrait découler de la sanction de cette violation⁵⁶³. Ce n'est que dans l'hypothèse où le gain espéré est supérieur au coût redouté que le débiteur se résoudra à ne pas se conformer à la norme. Assurément, la sanction juridique participe de ce calcul : le débiteur envisage le coût de la sanction éventuellement prononcée par le juge pour prendre sa décision. Pour autant, faut-il arrêter ici l'analyse et admettre que le coût de la violation de la norme s'épuise dans celui de la sanction juridique ? Répondre par l'affirmative reviendrait sans doute à donner trop d'importance à cette sanction dans le processus décisionnel du débiteur, lequel ne se résume pas à la consultation du Code civil et des tables des arrêts de la Cour de cassation⁵⁶⁴. Faut-il rappeler qu'il est des « règles non juridiques [qui] sont là, le long du droit »⁵⁶⁵ et que leur sanction peut revêtir une importance toute particulière pour les opérateurs ? Cela est d'autant plus vrai lorsque cette sanction peut, par un effort de valorisation monétaire⁵⁶⁶, être rapprochée des conséquences économiques de la sanction juridique. Dans le cadre de la présente étude, aller au-delà du droit se révèle tout particulièrement indiqué au regard d'un élément de non-droit susceptible de peser dans le calcul du débiteur adoptant un raisonnement économique : la réputation. La réputation est une valeur cardinale pour les opérateurs économiques qui sont amenés à entretenir dans le temps des relations avec une multitude de partenaires ; un accroc à la réputation de l'opérateur peut se concrétiser plus ou moins directement par une perte économique et s'analyse donc en un coût. Or, cet accroc est susceptible de résulter de l'inexécution du contrat, dénoncée par le créancier qui en est victime et relayée par les autres opérateurs du marché. Ainsi, à l'heure du choix entre l'exécution et l'inexécution du contrat, le débiteur aura une attention pour le coût de la sanction juridique, mais aussi pour le coût de la sanction non-juridique, d'ordre réputationnel. L'adhésion à ce raisonnement

⁵⁶³ Sur la distinction entre les conceptions objective et subjective, v. N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 2 et s.

⁵⁶⁴ V. au sujet de l'arrêt *Bertrand* (Civ. 2^e, 19 février 1997, n° 94-21.111) qui consacre une responsabilité de plein droit des parents du fait de leurs enfants mineurs, la controverse entre ceux qui ont regretté les effets potentiellement malthusiens de cette responsabilité et ceux qui n'ont pas décelé ce risque dans la mesure où la conception de l'enfant n'est pas précédée d'une prise de connaissance ou d'une pesée des règles de la responsabilité civile pesant sur les parents (sur les arguments, v. la synthèse de la controverse faite dans les *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 217-219, spéc. n° 19 et s., p. 428 et s.).

⁵⁶⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 27.

⁵⁶⁶ V. *supra* n° 84 et s.

est de nature à tempérer l'atteinte concrète à la force obligatoire engendrée par la nouvelle exception à l'exécution forcée : ce n'est pas parce que le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil offre une porte de sortie au débiteur que celui-ci l'empruntera forcément, car il sait que franchir son pas l'expose à une autre sanction susceptible de correspondre aux gains tirés de l'inexécution, voire de les excéder. En définitive, le constat de la dilution de la sanction juridique au sein du processus décisionnel du débiteur pourrait s'accompagner d'une relativisation de la perception du contrôle de l'exécution forcée comme étant une occasion de commettre des fautes lucratives.

256. Appréciation de la concurrence de la sanction juridique.- Le raisonnement qui vient d'être exposé et qui conduirait à remettre en cause l'idée d'une atteinte à la force obligatoire du contrat doit être soumis à l'examen.

257. D'un côté, il fait peu de doute que la sanction réputationnelle prend et est amenée à prendre de plus en plus de place dans le processus décisionnel des opérateurs⁵⁶⁷. Le phénomène s'explique simplement : la réputation repose sur la circulation de l'information, laquelle n'a eu de cesse d'être facilitée et accélérée. Le monde économique n'a pas manqué de se saisir de cette opportunité, les professionnels déployant une attention particulière pour protéger leur réputation traditionnelle, mais aussi leur « e-réputation », en investissant des moyens humains et financiers importants. Les partenaires de ces professionnels, quant à eux, vérifient systématiquement cette réputation avant d'engager des relations juridiques et économiques, qu'ils soient professionnels ou consommateurs. Le monde juridique n'est pas resté étranger à ces évolutions et ne s'est pas cantonné à la protection classique de la réputation des opérateurs, laquelle atteste de sa valeur. En effet, de plus en plus de mécanismes envisagent la réputation comme un levier pour influencer le comportement des opérateurs. De la publication des décisions judiciaires au développement des pratiques de *comply or explain*⁵⁶⁸ ou du *name and shame*⁵⁶⁹ en certaines matières, il semblerait bien que le droit ait acté l'importance de la sanction réputationnelle dans le processus décisionnel

⁵⁶⁷ V. en dernier lieu le séminaire « L'essor des sanctions réputationnelles – Quel cadre juridique ? » organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris Panthéon-Assas, 9 mai 2022, dir. D. Fenouillet et Th. Genicon.

⁵⁶⁸ Sur lequel, v. not. A. Couret, « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *BJS* 2017, p. 202.

⁵⁶⁹ Sur lequel, v. not. N. Cuzacq, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.* 2017, p. 473.

des opérateurs⁵⁷⁰. L'argument de la sanction réputationnelle devenant de plus en plus important, il pourrait opportunément être mobilisé dans le cadre de l'étude du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée afin d'atténuer l'atteinte concrète à la force obligatoire qui procède dudit contrôle.

258. D'un autre côté, il est possible d'exprimer des doutes quant à la montée en puissance de la sanction réputationnelle : conduit-elle nécessairement à une marginalisation de la sanction juridique dans le processus décisionnel du débiteur ? Ces doutes naissent du simple constat que le développement de la réputation comme valeur aux yeux des opérateurs économiques n'a pas eu pour corollaire la disparition des comportements illégitimement lucratifs ou pour conséquence un recul du droit de manière générale. En effet, s'il peut être admis que la sanction juridique est opportunément complétée par une sanction d'une autre nature, il paraît bien plus difficile d'admettre une véritable concurrence ou une supériorité normative de la règle non-juridique en dehors de quelques hypothèses extrêmement restreintes⁵⁷¹. Il faut dire que l'effectivité de la sanction réputationnelle suppose deux choses : que le comportement illicite aboutisse à un jugement négatif à la disposition des autres opérateurs du marché et que ces autres opérateurs puissent orienter leur choix vers d'autres opérateurs. Or, il existe de nombreux obstacles sur le chemin qui sépare, d'une part, l'inexécution volontaire du débiteur pour se placer dans le cadre de la nouvelle exception à l'exécution forcée et, d'autre part, l'effectivité de la sanction réputationnelle. Il est ainsi possible que le jugement négatif ne se trouve pas à la disposition des autres opérateurs du marché, soit que les autres opérateurs prennent parti pour le débiteur qui se présenterait comme la victime du créancier dont la demande égoïste confine au comportement immoral⁵⁷², soit que l'accroc à la réputation soit dilué dans d'autres informations positives⁵⁷³, soit que l'obtention de l'information requiert en

⁵⁷⁰ V. S. Gerry-Vernières, « *Comply or explain et Name and shame – Variations autour de la garantie normative du code AFEP-MEDEF* », in C. Thibierge (dir.), *La garantie normative*, Mare & Martin, 2021, p. 479.

⁵⁷¹ V. par ex. L. Bornstein, « *Opting out of the Legal System : Extralegal contractual relations in the diamond industry* », (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115 qui évoque le marché des vendeurs de diamants à New-York.

⁵⁷² Il sera vu (v. *infra* n° 422 et s.) que la demande du créancier ne peut être perçue en droit comme étant immorale, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être jugée ainsi dans le cadre d'un autre système de valeurs.

⁵⁷³ Il faut remarquer à ce titre que les opérateurs n'entendent pas protéger leur réputation seulement dans les moments de crise : ils oeuvrent systématiquement à l'amélioration de leur réputation dans une optique commerciale, mais également afin d'absorber plus facilement le choc d'un jugement négatif.

l'occurrence un coût trop important pour les autres opérateurs au regard de divers facteurs⁵⁷⁴. Il est également envisageable que l'information négative soit à la disposition des autres opérateurs du marché, mais qu'elle exerce une influence faible sur leurs propres décisions car l'opérateur est dans une certaine mesure incontournable sur le marché. En définitive, s'il n'est pas contestable que la sanction réputationnelle entre dans les calculs opérés par le débiteur qui se demande s'il doit exécuter son obligation, il faut admettre que cette sanction ne présente pas la même assurance de normativité que la sanction juridique. Alors que cette dernière sera forcément ressentie par le débiteur en cas d'inexécution, il est possible que la sanction réputationnelle ne soit pas véritablement ressentie par lui. Le constat conduit à penser que la relativisation de la sanction juridique peut effectivement être vue comme une relativisation de la force obligatoire *in concreto*. La remarque n'est pas générale ou systématique, mais à l'heure d'apprécier cette atteinte, laquelle joue sur l'opportunité, il faut bien avouer que des atteintes risquent de perdurer. La question de la sanction d'ordre réputationnel ne semble donc pas être suffisante pour juger que l'atteinte à la force obligatoire est limitée. Pour ce faire, il faut regarder la loi qui dispose, elle, des ressources pour empêcher l'atteinte concrète à la force obligatoire.

2) La prise en compte de la faute lucrative dans le régime de l'exception à l'exécution forcée

259. L'exigence de bonne foi du débiteur : ajout de la loi de ratification.- Les auteurs qui estiment que le contrôle de l'exécution forcée aboutit nécessairement à une atteinte à la force obligatoire envisagée de manière concrète ont sous-estimé les capacités du législateur. En effet, il lui est tout à fait possible de modeler le régime de l'exception au droit à l'exécution forcée afin de prévenir les comportements illégitimement lucratifs. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait à l'occasion de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle a notamment ajouté que le débiteur excipant du coût manifestement disproportionné de l'exécution forcée devait être « de bonne foi ».

260. Les travaux parlementaires témoignent du fait que le législateur a entendu les remarques formulées par une partie de la doctrine au sujet du nouveau contrôle de

⁵⁷⁴ Si les informations sont désormais plus facilement accessibles, elles entraînent toujours un coût pour l'opérateur qui l'émet et qui la reçoit, rendant incertain la volonté de rechercher l'information.

l'article 1221 du Code civil issu de l'ordonnance précitée. Au moment de la première lecture du projet de loi ratification, le rapport du Sénat a détaillé les raisons de l'ajout de l'exigence de bonne foi : « [l]a principale crainte exprimée [vis-à-vis du contrôle de l'article 1221 du Code civil] est celle de voir dans cette disposition une incitation pour le débiteur à exécuter son obligation de manière imparfaite toutes les fois où le gain attendu de cette inexécution sera supérieur aux dommages et intérêts qu'il pourrait être amené à verser, c'est-à-dire permettre au débiteur de mauvaise foi de profiter de sa "faute lucrative". Sans aller jusqu'à évoquer de véritables gains pour le débiteur, n'est-il pas à craindre qu'un constructeur ne pouvant honorer tous les contrats qu'il a en cours choisisse de privilégier l'exécution parfaite de certains contrats au détriment d'autres contrats, n'encourant plus l'exécution forcée en nature, le cas échéant très coûteuse, mais seulement le versement de dommages et intérêts ? Pour résoudre cette difficulté, et éviter ce genre de calculs du débiteur, votre rapporteur a proposé de prévoir qu'en cas de disproportion manifeste du coût pour le débiteur au regard de l'intérêt pour le créancier, *il ne pourrait être fait échec à la demande d'exécution forcée en nature qu'au bénéfice du débiteur de bonne foi*. Suivant son rapporteur, votre commission a décidé de modifier l'article 1221 du code civil en ce sens »⁵⁷⁵. Le rapport déposé par la suite à l'Assemblée nationale a repris le raisonnement développé dans le rapport sénatorial et a retenu que le débiteur devait être de bonne foi pour exciper du coût manifestement disproportionné de l'exécution forcée, même s'il adopte une position ambiguë vis-à-vis des éléments avancés par le Gouvernement pour maintenir l'ancienne rédaction de l'article 1221 du Code civil⁵⁷⁶. A l'occasion de la deuxième lecture devant les chambres parlementaires et des travaux de la commission mixte paritaire réunie pour ce texte, la modification de la disposition initialement portée par le Sénat n'a plus été évoquée et figure donc dans la version définitive de la loi de ratification. En définitive, à suivre les travaux parlementaires, l'exigence de bonne foi du débiteur évoquée à l'article 1221 du Code civil vise à lutter contre le risque de développement des fautes lucratives du fait de la nouvelle exception à l'exécution forcée.

261. La plupart des commentaires de l'ajout opéré par la loi de ratification mettent également en évidence – et saluent – la volonté du législateur de lutter contre les

⁵⁷⁵ F. Pillet, *Rapport*, préc., p. 70 (l'auteur souligne).

⁵⁷⁶ S. Houlié, *Rapport*, préc., p. 84 et s.

fautes lucratives. Pour eux, exiger que le débiteur soit de bonne foi « implique une condamnation de la fameuse théorie américaine de la violation efficace du contrat (...) qui se nourrit de la faiblesse de l'exécution forcée en nature »⁵⁷⁷. Seul un auteur juge la modification du texte malvenue car « [o]n saisit mal en effet que la mauvaise foi du débiteur renforce les droits du créancier, d'autant qu'une telle solution ne peut qu'encourager le contentieux »⁵⁷⁸. Toutefois, s'il est certain que toute restriction du champ de la nouvelle exception constitue une faveur pour le créancier, il semble que celle portée par la loi de ratification est moins motivée par le souci de favoriser le créancier que de sanctionner le débiteur en cas de mauvaise foi de sa part, ce qui n'est pas original⁵⁷⁹. Quant à l'augmentation du contentieux qu'engendrerait la restriction, puisqu'une nouvelle question – la bonne ou la mauvaise foi du débiteur – doit être discutée devant le juge, il ne s'agit pas d'une fatalité. Certes, il y aura des hypothèses dans lesquelles un véritable débat judiciaire aura lieu quant à la bonne ou la mauvaise foi du débiteur. Néanmoins, il est davantage de situations dans lesquelles ce débat ne nécessitera pas des moyens importants, car la bonne ou la mauvaise foi est évidente – et si c'est la mauvaise foi, alors le travail judiciaire s'arrêtera à cette question. Plus encore, la menace de l'exclusion du contrôle en cas de mauvaise foi du débiteur peut jouer le rôle d'épouvantail : craignant de ne pas avoir la possibilité de discuter de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le débiteur ne tentera pas sa chance et exécutera spontanément son obligation selon les termes du contrat, réduisant ainsi le contentieux relatif à l'inexécution du contrat.

262. A rebours de ces analyses, il est possible de se demander s'il était nécessaire que le législateur intervienne pour préciser que le jeu de l'exception est réservé au seul débiteur de bonne foi. Autrement dit, le régime du contrôle de l'exécution forcée tel que prévu dans l'ordonnance du 10 février 2016 n'excluait-il pas implicitement la possibilité pour le débiteur qui commet une faute lucrative de se prévaloir du coût de l'exécution forcée ? Il a été relevé que la précision apportée par la loi de ratification était quasiment surabondante, tant l'exigence de bonne foi « s'imposait de toute évidence »⁵⁸⁰. L'assertion

⁵⁷⁷ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G* 2018, 529, n° 21.

⁵⁷⁸ D. Houtcieff, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 2018, n° 15, p. 14.

⁵⁷⁹ V. *infra* n° 843 et s.

⁵⁸⁰ M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900, spéc. n° 33.

doit être approuvée de manière nuancée. D'un côté, il est douteux qu'un juge français en charge d'appliquer le contrôle de l'exécution forcée tel que formulé dans l'ordonnance du 10 février 2016 accueille la prétention du débiteur ayant commis une faute lucrative. Après tout, comme cela a été relevé, le système juridique français témoigne d'une hostilité certaine à l'égard des fautes lucratives et rien ne suggère que cette hostilité devrait ici être écartée. Une nouvelle fois, il convient de faire le départ entre les potentialités absolues du texte et ses interprétations probables : ce n'est pas parce que la théorie de la violation efficace ne se trouve pas condamnée *expressis verbis* que l'esprit d'un texte ne peut être mobilisé pour ce faire. Autrement dit, même avec la formulation antérieure à la loi de ratification, le juge n'aurait pas autorisé le débiteur ayant commis une faute lucrative d'exciper du coût manifestement disproportionné de la sanction *in specie* de l'inexécution. D'un autre côté, il faut reconnaître que l'expression de l'exclusion des fautes lucratives dans le texte présente un intérêt autre que pédagogique. En effet, en visant la « bonne foi » du débiteur, le législateur a, par la même occasion, exclu d'autres notions qui auraient pu être mobilisées pour appréhender les fautes lucratives⁵⁸¹.

263. Conclusion.- La nouvelle exception à l'exécution forcée fondée sur son coût manifestement disproportionné sera-t-elle envisagée et utilisée par les débiteurs comme un outil favorisant la commission de fautes lucratives ? Si une réponse négative peut être formulée, c'est moins en raison de la crainte ressentie par les débiteurs qui demeurent exposés à la sanction d'ordre réputationnel de l'inexécution que par la formulation même du texte de l'exception qui est subordonnée à la bonne foi du débiteur. Cette limite textuelle permet d'éviter que le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution soit utilisé pour adopter des comportements illégitimement lucratifs. Explicitée par la loi de ratification, cette volonté de lutter contre ces comportements était sans doute implicite dans la version antérieure du texte, tant il serait surprenant que le juge n'appréhende pas un tel manquement au contrat.

264. Conclusion du paragraphe.- L'exécution forcée constituant le rempart le plus efficace contre l'inexécution lucrative du contrat et la lutte contre les fautes lucratives étant aujourd'hui érigée en objectif essentiel de la matière, la relativisation de la sanction par l'article 1221 du Code civil ne pouvait qu'attirer les critiques. Néanmoins, l'attaque contre

⁵⁸¹ Sur cet aspect, v. *infra* n° 845.

le texte semble être portée trop précipitamment puisqu'elle néglige le fait que l'exception puisse être exclue lorsqu'est caractérisée une telle faute lucrative. L'un des aspects les plus importants du contrôle de l'exécution forcée est qu'il ne soit pas à la disposition du débiteur qui a commis une faute lucrative.

265. Conclusion de la section.- L'exception à l'exécution forcée nouvellement introduite par l'article 1221 du Code civil est-elle opportune ? Un certain nombre d'auteurs ont répondu à cette question par la négative en avançant le fait qu'un contrôle de la disproportion manifeste de cette sanction constituait une menace pour la force obligatoire, qu'elle soit envisagée sous un angle abstrait ou concret. Néanmoins, cette condamnation est sans doute hâtive, peu important l'angle adopté. Si la force obligatoire du contrat est envisagée de manière abstraite, sa remise en cause par le nouveau contrôle de l'exécution forcée ne conduit pas mécaniquement à son inopportunité car il est possible que cette remise en cause soit justifiée par d'autres valeurs reconnues par le système juridique. Si la force obligatoire est envisagée de manière concrète, l'inopportunité du contrôle de l'exécution forcée en ce qu'il inciterait les débiteurs à commettre des fautes lucratives est évitée par le texte qui exige du débiteur qu'il soit de bonne foi. En somme, l'étude de la nouvelle exception à l'exécution forcée par le prisme de la force obligatoire ne permet pas de conclure à l'inopportunité de l'innovation.

266. Conclusion du chapitre.- Le contrôle de la disproportion manifeste a fait irruption dans le paysage contractuel français. De nombreux doutes ont été formulés quant à la pertinence du principe même de la soumission du droit à l'exécution forcée à un tel contrôle. L'histoire du droit et le droit comparé ont permis de démontrer, quoique de manière hétérogène, que le contrôle étudié était *possible* : l'exécution forcée peut ne pas être conçue de manière absolue. Néanmoins, la sanction ne devrait-elle pas être ainsi conçue ? Non loin de la question de la possibilité du contrôle de la disproportion manifeste se trouve celle de son *opportunité*. Or, l'opportunité de l'innovation a été très discutée en raison de la prétendue atteinte à la force obligatoire qu'elle engendrerait. S'il est certain que la relation étroite qui existe entre l'exécution forcée et la force obligatoire signifie que la relativisation de la première constitue une atteinte pour la seconde, il faut admettre que le grief tiré de cette atteinte ne permet pas de conclure mécaniquement à l'inopportunité de la relativisation.

267. Conclusion du titre.- L'article 1221 du Code civil confie au juge un contrôle original à plus d'un titre.

268. Le contrôle évoqué par la précédente disposition est original puisqu'il repose, comme d'autres contrôles judiciaires, sur l'idée de proportionnalité tout en s'en distinguant à deux égards. D'une part, le contrôle de l'article 1221 du Code civil est un contrôle d'ordre quantitatif, qui suppose du juge qu'il confronte deux termes antagonistes représentés sur une même échelle. Ainsi, le juge doit mesurer l'écart qui existe entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt du créancier pour la sanction *in specie*, étant entendu que ce second terme doit faire l'objet d'une valorisation monétaire afin d'être rapporté – tout comme l'autre terme du rapport de proportionnalité – sur l'échelle monétaire. C'est donc à une comparaison entre des termes relativement commensurables qu'invite le nouveau contrôle confié au juge en matière d'exécution forcée, plutôt qu'à une articulation éminemment subjective entre des termes antagonistes incommensurables. D'autre part, le contrôle de l'article 1221 du Code civil invite le juge à faire preuve de retenue lorsqu'il apprécie l'écart entre les deux termes du rapport de proportionnalité et qu'il décide, en définitive, d'écarter l'exécution forcée de l'obligation inexécutée. En effet, le texte et le contexte du contrôle confient en chœur une marge de manœuvre relativement déterminée au juge qui ne doit pas être trop prompt à écarter le droit à la prestation dont jouit le créancier. En fin de compte, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée tel qu'il devrait être pratiqué par le juge, saisi par le débiteur de bonne foi, est un contrôle qui se caractérise à la fois par son objectivité et sa mesure, lesquelles s'expliquent par l'objet même du contrôle : le droit à l'exécution forcée du créancier qui bénéficiait et qui bénéficie toujours d'une primauté en droit français.

269. Le contrôle envisagé par l'article 1221 du Code civil est également original en ce qu'il vient rompre avec une solution qui paraissait bien acquise à la veille de la réforme du droit des contrats. En effet, alors que l'exécution forcée était due au créancier sauf impossibilité, voilà que cette sanction de l'inexécution est désormais soumise à une nouvelle exception. Assurément, la pertinence de l'innovation doit faire l'objet d'une discussion. D'une part, force est de reconnaître qu'il existe des précédents au fait de soumettre à l'examen du juge la demande en exécution forcée pour qu'il apprécie la

disproportion manifeste entre son coût et son intérêt : l'histoire et la comparaison des droits enseignent ainsi qu'il est possible que le juge contrôle de la sorte la sanction *in specie*. D'autre part, les critiques adressées à la nouvelle exception de l'article 1221 du Code civil en ce qu'elle serait une innovation inopportune doivent être relativisées. S'il est vrai que le contrôle de l'exécution forcée porte atteinte à la force obligatoire, le constat n'est en rien rédhibitoire : il est possible de conclure à l'opportunité de l'atteinte si une autre valeur reconnue par le système juridique vient la justifier. Or, il faut bien admettre que les critiques adressées au nouveau contrôle de l'exécution forcée font l'économie de la recherche de cette valeur justificative qui *permettrait* de conclure, en définitive, à l'opportunité et la pertinence du contrôle. L'usage du conditionnel s'impose tant qu'une autre question n'a pas été envisagée, celle des finalités du contrôle de l'exécution forcée.

TITRE II

UNE FINALITE : EVITER L'INEFFICACITE ECONOMIQUE DE L'EXECUTION FORCEE

270. Soumettre l'exécution forcée à un contrôle de la disproportion manifeste répond nécessairement à une finalité : ce n'est pas sans raison qu'il est décidé de déroger à la sanction de principe, réclamée par la victime de l'inexécution du contrat. Il est impératif d'identifier cette finalité afin de compléter le portrait du contrôle de l'article 1221 du Code civil et, dans la perspective du débat relatif à son opportunité, de découvrir la valeur qui est avancée pour justifier l'atteinte à la force obligatoire qu'engendre le contrôle⁵⁸². Force est alors de constater que la finalité réelle du contrôle diffère de celle qui avait été imaginée, notamment à l'aune du *Rapport au Président de la République* qui envisage la nouvelle exception à l'exécution forcée comme une déclinaison de l'abus de droit. Ainsi, il apparaît que si le contrôle de l'article 1221 du Code civil permet de porter un jugement d'ordre économique sur la demande formulée par le créancier, il n'est pas l'occasion de porter un jugement d'ordre moral sur cette demande. Il convient donc d'envisager successivement la démonstration de la finalité économique du contrôle (**Chapitre 1**) et la réfutation de la finalité morale du contrôle (**Chapitre 2**).

⁵⁸² V. *supra* n° 238 et s.

CHAPITRE 1 : LA DEMONSTRATION DE LA FINALITE ECONOMIQUE DU CONTROLE

271. Le contrôle de l'article 1221 du Code civil répond à une visée économique⁵⁸³, ce qui conduit à porter un jugement d'ordre économique sur la demande du créancier. Plus particulièrement, il s'agit pour le juge de rejeter cette demande lorsque, dans certaines circonstances, elle se trouve être excessivement inefficace sur le plan économique. L'identification de cette finalité économique ne permet pas seulement de déterminer la raison pour laquelle le créancier sera privé de son droit à l'exécution forcée. Elle constitue également la valeur justifiant l'atteinte à la force obligatoire engendrée par la relativisation du droit à l'exécution forcée. La recherche d'efficacité économique peut donc être appréhendée en tant que finalité du contrôle (**Section 1**), mais aussi en tant que valeur justifiant l'atteinte à la force obligatoire (**Section 2**).

SECTION 1 : LA RECHERCHE D'EFFICACITE ECONOMIQUE EN TANT QUE FINALITE DU CONTROLE

272. A quoi sert le contrôle de l'article 1221 du Code civil ? La relativisation du droit à l'exécution forcée entend éviter que soit prononcée une sanction particulièrement blâmable sur le plan économique et a donc été élaborée dans une perspective économique. L'assertion peut être expliquée de deux manières qui se prolongent, quoiqu'en procédant de deux approches différentes et révélatrices de discours particuliers. Pour qui adopte une approche pratique, le contrôle de l'exécution forcée permet d'éviter le gaspillage des ressources économiques du débiteur (§1). Pour qui adopte une approche théorique, ce constat permet de soutenir que le contrôle de l'exécution forcée contribue à préserver l'efficacité économique de la sanction (§2).

⁵⁸³ Rapp. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – L'acte juridique*, 17^e éd., Sirey, 2022, n° 766, p. 1045 pour qui la nouvelle exception de l'article 1221 du Code civil est « de nature économique » (les auteurs soulignent).

§1 L'APPROCHE PRATIQUE : EVITER LE GASPILLAGE DES RESSOURCES ECONOMIQUES DU DEBITEUR

273. Une approche pratique du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, reposant sur l'observation de situations qui retiennent ou excluent un tel contrôle, suggère que la nouvelle exception permet d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur. Pour le dire trivialement, il s'agit ici de faire appel « au bon sens économique ». A suivre une définition du terme « gaspiller », cela signifie qu'est évité un « mauvais emploi [des ressources du débiteur], de telle sorte qu'[elles] se perd[ent] en partie », la « dépens[e] inutil[e], foll[e] » de ces ressources, en bref leur « emploi désordonné, sans profit »⁵⁸⁴. Pour conclure au gaspillage des ressources, il faut donc que *la dépense n'engendre pas un profit entretenant une forme d'équivalence avec elle*. Soutenir que le contrôle de l'article 1221 du Code civil permet d'éviter ce gaspillage revient ainsi à considérer *a contrario* que l'exécution forcée aurait engendré une dépense à laquelle répond une absence relative de profit. Il convient donc de voir en quoi l'absolutisme de l'exécution forcée peut conduire à des situations qui se caractérisent par une absence relative de profit pour le créancier (**A**). Par ailleurs, l'objectif de lutte contre le gaspillage des ressources serait bien contrarié si le contrôle de l'exécution forcée entraînait lui-même un gaspillage, au-delà des ressources des seuls créancier et débiteur du contrat envisagé. L'hypothèse ne semble pas se vérifier au regard de l'absence relative de profit de l'absolutisme de l'exécution forcée pour les personnes extérieures à la relation contractuelle litigieuse (**B**).

A) L'ABSOLUTISME DE L'EXECUTION FORCEE ET L'ABSENCE RELATIVE DE PROFIT POUR LE CREANCIER

274. L'absolutisme antérieur de l'exécution forcée engendrait, dans certaines situations, un gaspillage des ressources économiques du débiteur au regard de l'absence relative de profit de la sanction pour le créancier. Au soutien de l'assertion, il est possible de présenter diverses illustrations du gaspillage engendré par l'absolutisme de l'exécution forcée (**1**). Par ailleurs, ce raisonnement doit faire l'objet d'un examen critique en

⁵⁸⁴ Larousse en ligne, v^o « Gaspiller ».

considérant l'hypothèse d'un gaspillage des ressources du créancier engendré, cette fois-ci, par le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée (2).

1) Les illustrations du gaspillage engendré par l'absolutisme de l'exécution forcée

275. Exemple du gaspillage en cas d'absolutisme de l'exécution forcée.-

L'absolutisme de l'exécution forcée s'est manifesté dans les décisions qui reconnaissent au créancier un droit d'option en cas d'inexécution et s'est affirmé dans celles qui maintenaient un tel droit malgré le caractère *prima facie* excessif de la sanction. Or, l'ancien statut de cette sanction est de nature à entraîner en certaines hypothèses un gaspillage des ressources du débiteur, c'est-à-dire leur emploi sans profit entretenant une forme d'équivalence avec leur montant. Le propos peut être illustré avec un exemple relativement récent dans lequel un architecte avait reçu pour mission de construire l'annexe d'un chalet, les deux édifices devant être reliés par un auvent⁵⁸⁵. Or, une erreur d'implantation avait conduit à l'occultation partielle d'une fenêtre du chalet. Les juges du fond ont rejeté la demande en exécution forcée formulée par le créancier propriétaire du chalet alors que cette sanction n'était pas impossible à mettre en œuvre. Plus spécifiquement, ils ont relevé, à la suite de l'expert désigné, que le désordre constaté « relève plus du domaine de l'esthétique que celui du fonctionnel (la fenêtre et le volet roulant fonctionnent) » ou que celui de la solidité de l'immeuble ou autre », avant de noter que la destruction et la reconstruction demandées par le créancier coûteraient en tout 880 000 euros. Ces éléments à l'esprit, ainsi que les autres méthodes pour remédier au désordre sans détruire et reconstruire l'édifice, les juges du fond ont conclu que l'exécution forcée « apparaît toutefois démesurée à plusieurs égards, notamment le coût (...) apparaît manifestement disproportionné au regard du seul désordre objectivement constaté concernant l'occultation partielle d'une fenêtre » et ont décidé de l'allocation de 50 000 euros de dommages-intérêts au créancier. Sans surprise, la cassation est prononcée afin d'éviter une dérogation à l'absolutisme antérieur de l'exécution forcée. Malgré tout, le raisonnement des juges du fond s'avère particulièrement intéressant car ils semblent mettre en œuvre – quoiqu'involontairement et partiellement – l'exception à l'exécution forcée

⁵⁸⁵ Civ. 3^e, 16 juin 2015, n° 14-14.612, *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015/4, p. 839, obs. Th. Genicon.

désormais visée à l'article 1221 du Code civil. Surtout, au regard des éléments à disposition, la décision témoigne du gaspillage des ressources du débiteur qui accompagne le remède de l'inexécution finalement accordé en l'espèce : 880 000 euros employés pour pallier un désordre esthétique valorisé à hauteur de 50 000 euros. Instinctivement, le gaspillage semble caractérisé car l'emploi des ressources du débiteur pour la destruction et la reconstruction prescrite permet seulement de créer un profit plus de 17 fois inférieur. En somme, l'absence d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée peut conduire à des situations où les ressources du débiteur apparaissent comme gaspillées puisqu'elles aboutissent à une absence relative de profit pour le créancier. Or, un tel gaspillage semble être absent en cas de relativisme de l'exécution forcée.

276. Exemples d'absence de gaspillage en cas de relativisme de l'exécution forcée.- Lorsque le droit à l'exécution forcée est notamment soumis à un contrôle de sa disproportion manifeste, les hypothèses de gaspillage engendrées par l'absolutisme de la sanction sont le plus souvent évitées.

277. À l'occasion de l'examen de quelques systèmes juridiques étrangers, il a été observé que certains admettent comme limite à l'exécution forcée la disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier pour cette sanction et son coût pour le débiteur⁵⁸⁶. Une décision américaine mettant l'accent sur la volonté de lutter contre le gaspillage des ressources du débiteur mérite l'attention. Dans *Smith v. Myers*⁵⁸⁷, la cour d'appel du Maryland a eu l'occasion de retenir que l'exécution forcée ne peut être ordonnée quand elle cause au débiteur un préjudice bien plus important que le bénéfice tiré par le créancier de cette sanction. En l'espèce, le créancier a acquis auprès des administrateurs du *trust* gérant une église, pour 12 dollars, une parcelle du cimetière adossée au bâtiment religieux, parcelle partiellement recouverte par un vieux bâtiment promis à la destruction pour augmenter la capacité du cimetière. Après la conclusion du contrat, les débiteurs ont manifesté leur intention de ne pas détruire le vieux bâtiment, lequel serait finalement réparé et réaménagé afin d'être loué pour des événements festifs. Le créancier engagea une action en justice afin d'obtenir, notamment, l'exécution forcée du contrat qui se traduirait par la destruction du bâtiment empiétant sur la parcelle vendue, l'empiètement étant

⁵⁸⁶ V. *supra* n° 173 et s.

⁵⁸⁷ *Smith v. Meyers*, 130 Md. 64 (1917).

approximativement de quarante-cinq centimètres sur la majorité de la parcelle. Le coût de la destruction de cet immeuble dont la valeur était estimée à 1 500 dollars s'élevait, quant à lui, à plusieurs centaines de dollars. La cour, relevant « qu'il est une règle acquise que l'exécution forcée d'un accord ne sera pas prononcée quand (...) le préjudice causé au débiteur serait bien plus grand que le bénéfice que le créancier dégagerait de cette sanction »⁵⁸⁸, considère « que ce serait une utilisation des plus inhabituelles et injustifiées des pouvoirs en *equity* de la Cour que d'ordonner l'exécution forcée d'un accord nécessitant la démolition d'un immeuble de 1 500 dollars afin de libérer une portion litigieuse d'une parcelle de 12 dollars »⁵⁸⁹. Les juges américains n'utilisent pas *expressis verbis* dans cette décision le terme « gaspillage », mais l'idée de lutter contre un gaspillage des ressources du débiteur apparaît bien dans leur raisonnement : il ne faut pas que soit imposé au débiteur une dépense de ses ressources qui aurait pour conséquence de créer un profit plus de 100 fois inférieur pour le créancier⁵⁹⁰.

278. La démarche historique, même si elle n'avait pas fait apparaître avec autant de netteté l'existence antérieure d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée⁵⁹¹, peut également montrer que la relativisation du droit à l'exécution forcée vise à éviter le gaspillage des ressources. Lorsque Pothier refusait la destruction d'une maison dont l'une des poutres avait été vendue par le propriétaire, car « il y a un intérêt public qui s'oppose à la démolition d'un édifice »⁵⁹², c'est potentiellement le gaspillage qui va de pair avec la mesure initialement sollicitée qui est stigmatisé. Détruire un édifice pour, vraisemblablement, en construire un autre constitue un profit pour le créancier, certes, mais un emploi bien désordonné des ressources du débiteur et, partant, un gaspillage. Plus proche, il est des décisions qui reconnaissent au juge un contrôle de l'opportunité de la demande en exécution forcée – par le débiteur ou par un tiers – formulée par le créancier laissant une certaine place à la volonté de ne pas gaspiller les ressources économiques. Il en va ainsi lorsque ces décisions refusent d'ordonner l'exécution *in specie* car « la remise

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ Pour une mention expresse du terme « gaspillage » dans une décision anglaise, v. par ex. *Tito v Waddel (N°2)*, préc. : « [c]e serait une pure perte de temps et d'argent [que d'accorder l'exécution forcée ici] et je ne pense pas que la cour devrait user de sa discrétion pour ordonner une sanction dont elle est convaincue de sa futilité et de son gaspillage » (p. 327, Megarry V.-C.)

⁵⁹¹ V. supra n° 148 et s.

⁵⁹² R.-J. Pothier, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, *op. cit.*, n° 67, p. 67 et s.

[en état des lieux] nécessiterait une dépense bien supérieure à la valeur réelle de toute la propriété »⁵⁹³. Une nouvelle fois, il y a gaspillage dans la mesure où il est fait un emploi des ressources pour un profit bien inférieur à leur montant. Les juges refusant de prononcer l'exécution forcée dans cette situation font preuve, relève Demogue, « de ce sens pratique qui est le véritable esprit juridique »⁵⁹⁴. En lien avec ce pouvoir d'appréciation judiciaire, Cassin estime, quant à lui, « [qu'i]l ne faut pas cependant que pour arriver à la perfection absolue de l'exécution, un contractant ait à accomplir des travaux ou faire des sacrifices pécuniaires d'importance disproportionnée avec l'utilité du but à atteindre : *le gaspillage de travail et de richesses doit être évité, non seulement dans l'intérêt de celui qui devrait en souffrir, mais dans l'intérêt général de la bonne marche des affaires* »⁵⁹⁵.

279. Les récentes décisions appliquant par anticipation le contrôle de l'exécution forcée témoignent également de ce que l'article 1221 du Code civil permettra d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur⁵⁹⁶. Dans les deux espèces, pour rappel, les créanciers se plaignaient de la violation du règlement d'un lotissement : sur des terrains jouxtant celui des créanciers, les débiteurs avaient construit, pour l'un, un immeuble de six logements avec une piscine et, pour l'autre, un immeuble de sept logements avec des garages, violant ainsi les prescriptions d'implantation prévues par le règlement. Les juges du fond, appuyés par une expertise, ont considéré que l'inexécution litigieuse n'engendrait pas pour les créanciers « une situation objectivement préjudiciable »⁵⁹⁷ : les immeubles n'avaient pas d'influence sur la vue ou le vis-à-vis des créanciers, lesquels se plaignaient simplement de la proximité de constructions moins bourgeoises – même si elles respectaient l'esprit de règlement. Pour les débiteurs, la correction des inexécutions aurait consisté en la destruction des immeubles, de la piscine et du garage, une telle correction engendrant assurément des coûts très importants, même si les décisions ne précisent pas le montant des travaux. Il n'est pas discutable que l'absolutisme de l'exécution forcée aurait ici engendré un gaspillage des ressources des débiteurs, leur emploi pour un profit très relatif : d'un côté, les sommes nécessaires à la destruction d'immeubles ; de l'autre, le désagrément très

⁵⁹³ Trib. Saint-Étienne, 10 mars 1859, *S.* 1861, 2, p. 163 (confirmé par CA Lyon, 14 juin 1860, *ibid.*).

⁵⁹⁴ R. Demogue, obs. Trib. Seine, 5 mai 1913, *RTD civ.* 1913, p. 859.

⁵⁹⁵ R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (exception non impleti contractus) *et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, *op. cit.*, p. 574

⁵⁹⁶ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.

⁵⁹⁷ Pour une critique de l'expression, v. *infra* n° 504.

personnel d'avoir près de chez soi des constructions avec plusieurs logements et une piscine ou des garages évaluables, pour les juges, à hauteur de 20 000 et 50 000 euros⁵⁹⁸.

280. En définitive, il faut bien admettre que l'absolutisme peut générer des situations de gaspillage des ressources du débiteur puisque ces ressources sont employées pour créer un profit très inférieur pour le créancier. A l'inverse, les exemples de relativisme de la sanction *in specie* montrent que le contrôle de la sanction permet d'éviter de telles situations. Il reste à voir si ce relativisme n'engendre pas, par ailleurs, d'autres situations de gaspillage.

2) L'hypothèse du gaspillage des ressources du créancier engendré par le relativisme de l'exécution forcée

281. Risque de gaspillage des ressources du créancier privé de l'exécution forcée.- La relativisation du droit à l'exécution forcée dans certaines situations permet d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur. Il faut se demander si cette relativisation n'engendre pas, en retour, un risque de gaspillage des ressources du créancier. Le créancier pourrait se plaindre d'un tel gaspillage non pas parce qu'il ne reçoit pas de *profit de la prestation fournie*, mais parce qu'il ne reçoit pas *le profit de la prestation prévue dans le contrat*, laquelle bénéficie d'un statut particulier. Le gaspillage reproché serait moins absolu que relatif. Autrement dit, puisque le créancier n'obtient pas *in fine* la prestation pour laquelle il a conclu un contrat, il peut considérer que les ressources qu'il a investies ont été gaspillées car il n'en tirera pas le profit espéré. Le créancier ayant payé (100) pour une prestation d'une qualité précise qui reçoit finalement une prestation d'une moindre qualité valorisée à (70), et à qui l'exécution forcée est refusée en raison de son caractère manifestement disproportionné, ne peut-il pas considérer qu'il a gaspillé la somme de (30) ? De même, quoique plus fondamentalement, pour ce créancier privé de la prestation promise, le recours à l'outil contractuel en général semble constituer un gaspillage de ressources s'il ne permet pas d'obtenir le résultat escompté. Le phénomène sera d'autant plus visible s'il envisage ce résultat non pas comme une fin mais comme un moyen. C'est notamment le cas lorsque la prestation promise permet de respecter des obligations

⁵⁹⁸ Sur la perte de valeur vénale de la villa du créancier, perte de valeur qui ne semble pas avoir été prise en compte par les juges, v. *infra* n° 537 et s.

souscrites par ailleurs, de sorte que le créancier est prêt à refaire un nouveau contrat avec un tiers pour parvenir à la prestation initialement convenue. Dans la précédente décision impliquant l'annexe d'un chalet construite avec des désordres engendrant un défaut d'ordre esthétique dont l'indemnisation avait été évaluée par les juges du fond à hauteur de 50 000 euros⁵⁹⁹, le créancier peut considérer que, sans la censure de la Cour de cassation, il aurait gaspillé ses propres ressources puisque, approximativement, il aurait payé 50 000 euros de trop pour la prestation reçue. Plus généralement, il aurait bénéficié d'une prestation autre que celle prévue dans le contrat qui aurait pu remettre en cause certains de ses projets : par exemple, s'il envisageait de louer à des touristes la chambre dont la fenêtre est en partie obstruée, il devrait sans doute leur demander un prix moindre et subir ainsi un manque à gagner.

282. Appréciation critique du risque de gaspillage des ressources du créancier.- Les éléments qui précèdent, et qui semblent aller dans le sens d'un gaspillage des ressources du créancier engendré par le contrôle judiciaire prévu par l'article 1221 du Code civil, doivent être appréciés. A l'analyse, il ne faut pas être trop prompt à suivre l'idée selon laquelle l'exception à l'exécution forcée est pour le créancier synonyme de gaspillage des ressources. En effet, les sanctions qui demeureront à sa disposition en cas de mise à l'écart de l'exécution forcée⁶⁰⁰, notamment la réduction du prix ou les dommages-intérêts, sont de nature à empêcher que la prestation défectueuse lui coûte autant que celle initialement prévue. Dans cette perspective, le gaspillage des ressources du créancier n'apparaît pas aussi évident dans la mesure où l'identification du *quantum* de la réduction du prix et des dommages-intérêts est possible. Quant au sentiment de gaspillage que peut avoir le créancier qui doit se contenter d'une prestation autre que celle prévue dans le contrat, le régime du contrôle de l'article 1221 du Code civil conduit à tempérer ce sentiment. S'il est vrai que l'exception conduit *in fine* à priver le créancier de la prestation promise dans le contrat, son régime fait de cette prestation un élément central, sinon essentiel, du débat et laisse ainsi à penser qu'elle est tout sauf négligée. Le phénomène se manifeste essentiellement dans l'appréhension particulièrement large du terme du rapport de proportionnalité qui doit représenter les intérêts *lato sensu* du créancier, à savoir l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Comme il sera vu plus tard⁶⁰¹, le créancier a la

⁵⁹⁹ Civ. 3^e, 16 juin 2015, préc.

⁶⁰⁰ V. *infra* n° 869 et s.

⁶⁰¹ V. *infra* n° 502 et s.

possibilité de faire figurer au sein de cet intérêt pour l'exécution forcée tous les aspects de la prestation, présent comme à venir, valorisables et donc tous les arguments qui laissent à dire que le fait de ne pas recevoir la prestation convenue constitue pour lui un gaspillage. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la chambre du chalet destinée à la location pour des touristes et dont la fenêtre est partiellement obstruée, le manque à gagner ressenti par le créancier rentrera dans la détermination de son intérêt pour l'exécution forcée.

283. Conclusion.- L'absolutisme de l'exécution forcée est susceptible de créer des situations dans lesquelles le débiteur utilise des ressources importantes pour un profit sans commune mesure pour le créancier. Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée permet ainsi d'éviter cette situation engendrant un gaspillage des ressources du débiteur. Par ailleurs, si ce contrôle relativise le droit à la prestation du créancier, son régime ne permet pas de soutenir qu'il engendre effectivement un gaspillage des ressources du créancier comparable à celui des ressources du débiteur. Au-delà de l'absence relative de profit pour le créancier en cas d'absolutisme de l'exécution forcée, il faut envisager l'absence relative de profit pour les personnes extérieures à la relation contractuelle litigieuse.

B) L'ABSOLUTISME DE L'EXECUTION FORCEE ET L'ABSENCE RELATIVE DE PROFIT POUR LES PERSONNES EXTERIEURES A LA RELATION CONTRACTUELLE LITIGIEUSE

284. Le contrôle de l'article 1221 du Code civil permet d'éviter le sacrifice des ressources du débiteur contre un profit très relatif pour le créancier dans une relation contractuelle identifiée. Toutefois, au-delà de cette relation contractuelle, la consécration d'un tel contrôle ne risque-t-elle pas de supprimer le profit que pouvaient ressentir d'autres personnes lorsque l'exécution forcée ne connaissait pas cette exception ? Si ce profit venait à revêtir une certaine importance, éventuellement accentuée par un caractère systématique, il serait possible de remettre en cause l'idée selon laquelle la relativisation de l'exécution forcée permet de lutter contre le gaspillage des ressources du débiteur. A la réflexion, toutefois, il semble que l'absolutisme de l'exécution forcée procure un profit très relatif à ces personnes extérieures à la relation contractuelle litigieuses que sont les juges (1) et les tiers au contrat (2).

1) L'absolutisme de l'exécution forcée et l'absence relative de profit pour les juges

285. Consécration du contrôle de l'exécution forcée et augmentation des dépenses d'ordre judiciaire.- D'un point de vue économique, l'absence de contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée peut être vue comme profitable pour les juges puisque leur mission s'en trouve considérablement simplifiée. En effet, dans cette hypothèse, le juge saisi par le créancier victime de l'inexécution doit simplement vérifier, outre la réalité de l'inexécution, que la sanction *in specie* est possible. Or, la vérification de la possibilité matérielle, juridique ou encore morale de l'exécution forcée n'est pas de celles qui imposent au juge un travail important. La situation est bien différente lorsqu'il est attendu du juge qu'il opère un contrôle de la disproportion manifeste tel que celui prévu par l'article 1221 du Code civil. L'étude du régime de la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée permettra d'attester de la richesse ainsi que de la complexité de la mission confiée au juge. Dès à présent, toutefois, il est possible de lister les multiples étapes du raisonnement judiciaire : vérification de la bonne foi du débiteur ; pour chaque terme du rapport de proportionnalité – l'intérêt et le coût de l'exécution forcée –, identification des éléments qui le composent et valorisation du terme, si besoin avec le recours à l'expertise ; détermination du seuil de la disproportion manifeste dans l'espèce ; prise en compte de différents éléments perturbateurs tels que le comportement des parties ou encore les clauses du contrat ; le cas échéant, choix de la sanction remplaçant l'exécution forcée écartée en raison de son caractère manifestement disproportionné. Assurément, le travail auquel le juge s'astreint est bien plus important lorsqu'existe un contrôle de l'exécution forcée comme celui de l'article 1221 du Code civil. Partant, toujours dans une perspective économique, il fait peu de doutes que le coût du travail judiciaire est plus important quand le juge doit contrôler la possibilité de l'exécution forcée *et* l'absence de disproportion manifeste, par rapport à la situation dans laquelle seule la possibilité de la sanction est à vérifier.

286. Cette augmentation du coût du travail judiciaire en cas de contrôle de la disproportion manifeste ne constitue pas en elle-même un gaspillage des ressources judiciaires. Dès que la question de la disproportion manifeste de la sanction *in specie* se pose effectivement, il est difficile de voir un gaspillage car la dépense n'est pas vaine. Il en

va autrement lorsque l'absence de disproportion manifeste ne fait aucun doute et que le débiteur entend malgré tout solliciter du juge qu'il opère le contrôle que lui confie l'article 1221 du Code civil. Rien ne permet de dire que ce moyen de défense au fond désormais à la disposition de tout débiteur, de bonne comme de mauvaise foi à ce stade de l'analyse, ne se transformera pas en une sorte de réflexe pour les défendeurs souhaitant échapper à l'exécution forcée. Même si les chances de succès de ce moyen de défense sont minimales, le juge sera tenu d'opérer au moins en partie le contrôle de l'exécution forcée. Dans ce cas, le travail judiciaire ne risque-t-il pas d'être vain et donc gaspillé ?

287. La dernière interrogation permet de mettre en lumière un élément qui n'est pas systématiquement envisagé lorsqu'un mécanisme est élaboré afin d'éviter un gaspillage des ressources : ses propres coûts de mise en œuvre. Le mécanisme contrarierait très certainement son objectif si lesdits coûts se révélaient importants, à tel point que les vaines dépenses évitées d'un côté se retrouveraient réalisées par ailleurs. La remarque peut-elle être adressée au contrôle de l'exécution forcée ? Certes, ce contrôle permet parfois d'éviter un gaspillage des ressources et donc de réaliser des économies lorsqu'il existe une disproportion manifeste de la sanction, laquelle se trouve alors écartée. Néanmoins, est-ce que les économies ponctuellement réalisées ne se trouvent pas absorbées, voire dépassées, par les coûts liés à la mise en œuvre potentiellement systématique du contrôle ?

288. Appréciation critique.- Si la crainte qui vient d'être décrite venait à se traduire dans les faits, les ressources dépensées par le débiteur en cas d'absolutisme de l'exécution forcée seraient moins gaspillées que prévu : au profit du créancier s'ajouterait celui des juges qui font l'économie de la mise en œuvre d'un contrôle. Toutefois, à l'examen, cette crainte doit être sérieusement tempérée.

289. D'abord, il faut sans doute reconnaître que le travail judiciaire sera bien souvent moins important que prévu grâce à l'intégration dans le contrat d'une clause relative au contrôle de l'exécution forcée⁶⁰². Cette clause peut conduire à exclure dans son intégralité le contrôle de la disproportion manifeste, ou bien procéder à son aménagement, en précisant notamment la manière d'appréhender les termes du rapport de proportionnalité ou encore le seuil de la disproportion manifeste. En tout état de cause, la stipulation

⁶⁰² Sur la possibilité d'une telle clause et ses potentialités, v. *infra* n° 769 et s.

contractuelle est synonyme d'un allègement du travail judiciaire car soit le juge n'aura pas du tout à fournir de travail en raison de l'exclusion du contrôle, soit son travail sera simplifié grâce aux précisions de mise en œuvre du contrôle indiquées dans la clause. Cet allègement du travail judiciaire pourrait être systématique si les parties se saisissent de la possibilité de stipuler une clause relative au contrôle de l'article 1221 du Code civil. Ce faisant, le prétendu gaspillage des ressources judiciaires engendré par le contrôle de l'exécution forcée apparaît moins évident et les vaines dépenses évitées grâce à ce contrôle semblent moins susceptibles d'être absorbées par son coût judiciaire⁶⁰³.

290. Ensuite, peut-être ne faut-il pas parier sur une mise en œuvre systématique du contrôle de l'exécution forcée et donc surestimer l'ampleur du travail judiciaire à réaliser. En application des principes directeurs du procès ouvrant le Code de procédure civile, ce sont essentiellement les parties qui ont la charge de fixer le cadre de l'instance, d'alléguer les faits au soutien de leurs prétentions et de les prouver⁶⁰⁴. Dès lors, une fraction non négligeable du travail nécessaire à la mise en œuvre du contrôle qui pesait *a priori* sur le juge se trouve transférée aux parties qui en supporteront le coût. Le constat n'est pas sans conséquence. En effet, le débiteur ne devrait pas s'engager sur la voie du contrôle de l'exécution forcée s'il est conscient qu'il s'agit en vérité d'une impasse pour lui, soit qu'il sait que sa mauvaise foi pourra être aisément établie, soit qu'il réalise que la disproportion manifeste du coût de la sanction paraît très difficile à démontrer. Cette remarque concernant l'attitude du débiteur ne procède pas d'une conception idéalisée de la partie au procès qui renoncerait, au nom de la fluidité du débat judiciaire, à mobiliser les arguments qu'elle devine peu porteurs. Bien plutôt, elle repose sur l'intuition que le débiteur, en tant que partie au procès, agit rationnellement : il ne mobilisera pas un moyen de défense au fond dont la mise en œuvre est coûteuse s'il le sait incontestablement voué à l'échec car, en cas de défaite, c'est lui qui devra en définitive en supporter le coût. Tout particulièrement, il ne sollicitera pas du juge la réalisation d'expertises pour identifier et valoriser les termes du

⁶⁰³ Il faut noter que la stipulation d'une clause est elle-même la source de coûts de transaction (v. *infra* n° 367 et s.), ce qui peut laisser craindre que l'allègement du coût du travail judiciaire doive lui-même être relativisé en raison des coûts supportés par ailleurs par les parties. Toutefois, ces mêmes coûts de transaction peuvent être maîtrisés par l'usage de formules. Il restera, en définitive, le coût judiciaire de mise en œuvre des outils de lutte contre les clauses abusives potentiellement applicables aux clauses relatives au contrôle de l'article 1221 du Code civil (v. *infra* n° 781 et s.).

⁶⁰⁴ Sur les aspects procédurux du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil et le recours à l'expertise, v. *infra* n° 620 et s.

rapport de proportionnalité car les frais de ces expertises, intégrés aux dépens, seront en principe à sa charge en cas d'échec de ses prétentions.

291. En somme, si la consécration du contrôle de l'exécution forcée est mécaniquement accompagnée d'une augmentation du travail judiciaire et des dépenses éponymes, il est bien moins certain que l'augmentation soit telle que le gaspillage des ressources évité grâce à ce contrôle se trouve absorbé. Partant, l'absolutisme de l'exécution forcée procure aux juges un profit relatif et, en tout cas, insuffisant pour remettre en cause les gains d'efficacité procurés par le contrôle par ailleurs.

2) L'absolutisme de l'exécution forcée et l'absence relative de profit pour les tiers au contrat

292. Economies et profits engendrés par l'absolutisme de l'exécution forcée pour les opérateurs économiques en général.- Au-delà des parties au contrat litigieux et du juge, est-il des opérateurs économiques qui seraient susceptibles de souffrir de l'abandon de l'absolutisme de l'exécution forcée ? Répondre par l'affirmative serait de nature à remettre en cause l'idée selon laquelle la relativisation de la sanction permet d'éviter le gaspillage des ressources. *A priori*, les opérateurs économiques peuvent envisager de manière positive l'absolutisme de l'exécution forcée en raison des économies qu'elle engendre de manière systématique et au regard des profits qu'elle peut provoquer ponctuellement.

293. Absolutisme de l'exécution forcée et économies lors de la négociation des contrats.- Pour tous les contractants, c'est-à-dire l'ensemble des opérateurs économiques susceptibles de conclure un contrat et pas seulement ceux impliqués dans la relation litigieuse, l'absolutisme de l'exécution forcée peut être envisagé comme un avantage en ce qu'il permet de réaliser une forme d'économie au stade de la négociation du contrat. Le raisonnement est ici similaire à celui qui avait été suivi précédemment pour envisager la situation des juges : le profit de l'absolutisme intègre les économies qu'il engendre. Or la négociation des contrats en cas de relativisation du droit à l'exécution forcée peut être plus coûteuse que celle en l'absence d'une telle relativisation. En effet, rien ne s'oppose à la validité d'une clause qui permettrait aux parties d'envisager le risque lié à

la disproportion manifeste de l'exécution forcée demandée par le créancier⁶⁰⁵. *A priori*, la négociation et l'intégration dans l'accord d'une clause relative à un risque n'est jamais sans aller avec des coûts, qu'ils soient relatifs à la négociation en elle-même ou bien la contrepartie pour celui qui accepte de supporter le risque en cause. Dans les contrats qui ne donneront pas l'occasion de débattre de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, notamment car ils ont été correctement exécutés ou inexécutés d'une telle manière que ce débat ne devrait pas avoir lieu, la stipulation apparaît vaine. L'absolutisme de l'exécution forcée pourrait donc se présenter ici comme un profit pour les contractants de manière générale. En vérité, l'assertion est contestable : outre le fait que le recours à des formules, transformant certaines clauses en clauses de style, rend la stipulation – non systématique – bien moins coûteuse, il faut relever que c'est le propre des clauses qui visent l'appréhension d'un risque contractuel que de ne pas forcément être mobilisées. L'augmentation du coût de négociation des contrats qu'entraînerait la relativisation de l'exécution forcée n'apparaît donc pas déterminante et ne permet pas à elle seule de soutenir que les ressources du débiteur ne sont pas gaspillées.

294. Absolutisme de l'exécution forcée et profit pour les tiers impliqués dans la correction de l'inexécution.- L'absolutisme de l'exécution forcée peut être envisagé par certains opérateurs économiques extérieurs à la relation contractuelle litigieuse comme un profit : si la sanction manifestement disproportionnée est la source d'un gaspillage pour le débiteur, elle peut être la source de richesses pour d'autres opérateurs qui participeraient de la correction de l'inexécution. En effet, dans ce cadre, la bonne exécution de la prestation du contrat requiert souvent de se procurer une matière première à un tarif bien plus élevé que celui envisagé initialement ou une multiplication des étapes à réaliser pour que les termes du contrat soient respectés. Or, il s'agit à chaque fois d'occasions pour d'autres contractants, des tiers, de conclure des opérations économiques profitables. Pour reprendre l'exemple de l'annexe du chalet affecté d'un vice et qu'il faut détruire pour reconstruire, les deux opérations constituent des activités *a priori* créatrices de richesses : si le débiteur les réalise de ses seules mains, il devra au moins se procurer auprès de tiers certains outils et matériaux ; si le débiteur organisé en entreprise les fait réaliser par ses préposés, outre l'activité supplémentaire pour eux, il faudra également compter sur l'intervention de tiers pour les outils et matériaux ; si le débiteur ne peut réaliser tout ou partie des activités lui-

⁶⁰⁵ V. *infra* n° 770 et s.

même, des tiers tels que des sous-traitants pourront intervenir. En somme, l'absolutisme de l'exécution forcée permettrait de créer des richesses pour d'autres opérateurs économiques et, mécaniquement, la relativisation de l'exécution prive ces contractants de cette opportunité. Dans ce cadre, le gaspillage des ressources du débiteur en cas d'exécution forcée manifestement disproportionnée semble perdre en évidence. Certes, ce n'est pas le créancier qui recueille à titre principal le profit des ressources du débiteur, mais des tiers contractants. Néanmoins, le fait que le profit bénéficie en priorité à des tiers n'enlève rien au fait qu'un profit semble répondre à la dépense.

295. A la réflexion, cette conclusion qui voudrait que le gaspillage des ressources du débiteur n'existe pas doit être combattue. En effet, il est certain que l'enrichissement des contractants aura pour corollaire l'appauvrissement du débiteur : le bénéfice qu'il espérait initialement réaliser dans l'opération contractuelle sera vite consommé par les coûts liés aux contrats permettant la perfection du contrat initial et par les éventuels dommages-intérêts supplémentaires alloués au créancier du fait du retard accusé dans la bonne exécution. La perte qui se profile pour le débiteur sera encore davantage accentuée si la perfection du contrat et ses conséquences l'exposent à des difficultés dans d'autres engagements qu'il peut avoir par ailleurs. Or, cette perte cumulée peut également affecter d'autres contractants car elle empêche le débiteur d'utiliser par ailleurs ses ressources en procédant notamment à divers investissements, lesquels auraient permis leur enrichissement. Autrement dit, si l'absolutisme de l'exécution forcée permet une création de richesses pour certains contractants, elle empêche une telle création pour d'autres contractants. Il en ressort que pour les contractants étrangers à la relation contractuelle litigieuse, l'absolutisme de l'exécution forcée s'apparente comme un jeu à somme nulle : pour eux, l'absolutisme n'est pas la source d'un profit dont ils seraient privés du fait du contrôle de l'article 1221 du Code civil.

296. Conclusion.- Si les juges et les contractants de manière générale peuvent appréhender l'absolutisme de l'exécution forcée comme une aubaine par les profits et les économies qu'il engendre, une appréciation critique fait apparaître que la réalité de ces profits et économies est discutable. La situation des tiers étrangers à la relation contractuelle litigieuse n'est donc pas de nature à renverser la conclusion dégagée auparavant en cas de

disproportion manifeste de l'exécution forcée : à la dépense très importante du débiteur répond un profit relativement absent pour le créancier et pour les tiers.

297. Conclusion du paragraphe.- L'observation du contrôle de l'article 1221 du Code civil, une fois mis en œuvre, montre qu'il vise à éviter un gaspillage des ressources du débiteur. Lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, prononcer une telle sanction conduirait à faire un emploi de ressources importantes du débiteur sans contrepartie suffisante pour le créancier ou pour les tiers. La nouvelle exception à l'exécution forcée est donc bien l'occasion de porter un jugement d'ordre économique sur la demande du créancier pour la rejeter si elle apparaît particulièrement blâmable sur ce plan. À cette approche pratique de la visée économique du contrôle de l'article 1221 du Code civil, il faut en ajouter une théorique mobilisant les outils de l'analyse économique du droit.

§2 L'APPROCHE THEORIQUE : PRESERVER L'EFFICACITE ECONOMIQUE DE LA SANCTION

298. Si la lutte contre le gaspillage des ressources pourrait constituer en soi une valeur justifiant l'atteinte à la force obligatoire, il n'est pas exclu de prolonger l'analyse. Il s'agit moins d'observer davantage les effets du contrôle de l'article 1221 du Code civil dans des situations particulières que d'exploiter le résultat de l'observation déjà réalisée pour lui donner une autre assise s'éloignant du sens pratique. À ce titre, il semble que la lutte contre le gaspillage des ressources concourt à l'objectif, plus général et théorique, d'efficacité économique du droit⁶⁰⁶. En effet, puisque le contrôle de l'exécution forcée vise à lutter contre le gaspillage des ressources économiques et que cette lutte contribue à l'efficacité économique du droit, alors – par transitivité – le contrôle de l'exécution forcée vise à préserver l'efficacité économique du droit. L'assertion exige diverses précisions. Il s'agit donc d'envisager la notion d'efficacité économique du droit en général (A) avant

⁶⁰⁶ Dans les prochaines pages, les termes « efficacité » et « efficience » seront tenus pour synonymes. Selon une approche stricte, il existerait une différence entre eux : alors que l'efficacité renvoie au fait d'atteindre l'objectif escompté, l'efficience correspond au fait d'atteindre l'objectif escompté en mobilisant le moins de ressources possibles. Toutefois, dans la perspective du présent propos, s'en tenir à cette distinction n'apparaît pas nécessaire.

d'identifier la conception de l'efficacité économique du droit qui est à l'œuvre dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée (B).

A) LA NOTION D'EFFICACITE ECONOMIQUE DU DROIT EN GENERAL

299. Dire que le contrôle de l'exécution forcée contribue à préserver l'efficacité économique de la sanction, car il permet d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur, conduit à quitter les terres exclusivement juridiques. En effet, la notion d'efficacité économique du droit a été formulée dans le cadre d'une approche particulière : l'analyse économique du droit. Procéder à la présentation de cette approche (1) est un préalable à la découverte de la diversité des conceptions de la notion d'efficacité économique (2).

1) La présentation de l'analyse économique du droit

300. Originalité de l'analyse économique du droit.- Attirer la notion de l'efficacité économique du droit dans le débat sur les finalités du contrôle de l'exécution forcée suppose d'abandonner – pour un temps du moins – le raisonnement strictement juridique pour embrasser le raisonnement économique et, particulièrement, l'analyse économique du droit. Cette dernière « est une branche de la science économique qui applique ses méthodes et ses cadres conceptuels à l'étude du droit »⁶⁰⁷, et aboutit donc à une relecture du droit dans cette optique⁶⁰⁸. Même si certaines des réflexions menées dans le cadre de cette analyse peuvent trouver des échos chez des penseurs plus anciens tels que Bentham, Mill ou Smith⁶⁰⁹, l'approche a essentiellement connu un développement rapide au siècle dernier. Un autre affinement chronologique s'impose : « l'ancienne » analyse économique du droit qui s'intéresse au droit de la concurrence et au droit économique *lato sensu*, en somme « la régulation de marchés économiques explicites »⁶¹⁰, a été rejointe puis dépassée au seuil des années 1960 par une « nouvelle » analyse économique du droit, bien plus ambitieuse. Il s'agit pour cette nouvelle analyse de mobiliser les outils économiques

⁶⁰⁷ T. Kirat, *Économie du droit*, La découverte, 2012, p. 3.

⁶⁰⁸ Sur la méthode de l'analyse économique, v. not. E. Mackaay, S. Rousseau P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, 3^e éd., Dalloz-Thémis, 2021, n° 32 et s., p. 9 et s.

⁶⁰⁹ Sur l'histoire de l'analyse économique du droit, v. not. E. Mackaay, « History of Law and Economics », in B. Bouckaert et G. de Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, Edward Elgar, 2000, p. 65 ; Adde N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1997, p. 301 et s.

⁶¹⁰ R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 9^e éd., 2014, p. 29.

par-delà les domaines strictement marchands : la famille, la procédure civile, la propriété, le droit pénal, le contrat, etc. Ce passage de l'ancienne à la nouvelle analyse économique du droit est rendu possible par le développement des programmes de recherche indépendants de Becker et Coase⁶¹¹. Toutefois, ce sont les travaux de M. Posner – notamment la première édition de son ouvrage *Economic Analysis of Law* en 1973⁶¹² – qui ont fait de l'analyse économique du droit une méthode incontournable de l'analyse juridique outre-Atlantique. L'une des raisons de cet engouement est l'effort considérable qui a été fait dans la présentation des réflexions de l'analyse économique du droit : alors que la méthode était initialement difficilement compréhensible pour les juristes peu rompus au code économique, car elle était le fait d'économistes adhérant à la théorie économique néoclassique et maniant ses outils⁶¹³, elle a connu une véritable démocratisation quand les juristes ont parlé d'analyse économique du droit à des juristes⁶¹⁴. Cette démocratisation n'a pas eu pour conséquence de corrompre le fondement de l'analyse économique du droit qui est de partir des outils économiques pour les appliquer aux concepts juridiques.

301. Pertinence de l'analyse économique pour le commentaire de l'article 1221 du Code civil.- La démocratisation de l'analyse économique du droit s'est doublée, par la suite, de son exportation. S'il est acquis que l'approche a rencontré son plus grand succès outre-Atlantique, des études juridiques, notamment en France⁶¹⁵, ont intégré des éléments d'analyse économique du droit et certains des éléments de l'approche ont fait l'objet de discussions par des juristes⁶¹⁶. Plus encore, cette analyse semble avoir été mobilisée par les auteurs de la réforme du droit des contrats puisque le *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 évoque à divers moments des aspects qui intéressent l'analyse économique du droit⁶¹⁷. Les travaux qui traitent de la réforme du droit des contrats font état de cette ressource que constitue

⁶¹¹ S. Ferey, *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2008, p. 3 et s.

⁶¹² Pour une vue d'ensemble de l'œuvre de Posner, v. not. S. Harnay et A. Marciano, *Posner – L'analyse économique du droit*, Michalon, 2017.

⁶¹³ E. Mackaay, « History of Law and Economics », préc., spec. p. 74 et s.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 76.

⁶¹⁵ V. not. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin, spéc. n° 57 et s., p. 49 et s. ; C. Pérès, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney, spéc. n° 451 et s., p. 430 et s. ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution*, *op. cit.*

⁶¹⁶ V. not. S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010 ; G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

⁶¹⁷ *Rapport au Président de la République*, préc.

l'analyse économique du droit⁶¹⁸. Il importe donc, pour le commentaire de l'article 1221 du Code civil, de ne pas négliger l'analyse économique et de surmonter son originalité.

2) La diversité des conceptions de la notion d'efficacité économique

302. Socle commun des différentes conceptions de l'efficacité économique.- Lorsque la notion d'efficacité économique est évoquée, il est nécessaire d'envisager ses différentes acceptions. Avant de ce faire, il faut noter que cette diversité repose sur un socle commun qu'il est possible de réduire à deux propositions. D'abord, toutes les conceptions de l'efficacité économique se concentrent sur l'augmentation globale des richesses plutôt que sur leur répartition entre les individus. Selon une métaphore triviale, mais bien connue en littérature économique, c'est davantage la taille de la tarte en général que la taille des parts pour chaque convive qui est pertinente. Ensuite, et surtout, toutes les conceptions de l'efficacité économique entendent stigmatiser le gaspillage des ressources : « [e]n un sens, l'idée centrale de l'efficience est d'éviter tout gaspillage »⁶¹⁹. La remarque se comprend aisément car, par hypothèse, le gaspillage des ressources – c'est-à-dire l'utilisation de ressources sans profit relativement équivalent – est un obstacle à l'augmentation globale des richesses. C'est cette relation logique entre le gaspillage et l'efficacité économique qui conduit à poursuivre l'approche pratique du contrôle de l'exécution forcée, fondée sur l'observation de diverses situations, sur le terrain plus théorique des concepts économiques. Le socle qui vient d'être évoqué ne doit pas effacer les différences qui existent entre les multiples conceptions de l'efficacité économique et qu'il s'agit désormais d'évoquer.

303. Critère de Pareto.- L'efficacité économique peut s'entendre au sens du critère élaboré par Pareto⁶²⁰. Selon ce critère, un état est Pareto supérieur – ou dominant – à un autre – dominé – « s'il permet d'améliorer la position d'au moins un individu sans détériorer celle d'au moins un autre »⁶²¹. Autrement dit, il faut au moins qu'une personne préfère la situation ciblée sans que personne ne préfère la situation antérieure. Le propos peut être illustré par un exemple chiffré : si les richesses disponibles dans une situation

⁶¹⁸ V. par ex. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 29, p. 21 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 76 et s., p. 93 et s. Adde F. Rouvière, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », préc.

⁶¹⁹ R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, *op. cit.*, p. 169.

⁶²⁰ Pour une présentation de ce critère, v. not. *ibid.* p. 173 et s. (et les références citées).

⁶²¹ T. Kirat, *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 63.

donnée sont égales à (200) et que les deux personnes intégrées dans cette situation détiennent respectivement (130) et (70), la situation est Pareto optimale car il n'est pas possible d'améliorer le sort d'une personne sans entamer la situation de l'autre. Il en irait autrement s'il restait des ressources à distribuer car il y aurait une faveur pour une personne sans détriment pour l'autre. En somme, dans le cadre de l'efficience parétienne, une situation sera jugée plus efficiente si une personne est favorisée sans qu'une autre souffre de cette faveur.

304. Critère Kaldor-Hicks.- L'efficacité économique peut également s'entendre au sens du critère Kaldor-Hicks, du nom de deux économistes britanniques⁶²². En vertu de ce critère, une situation est supérieure à une autre si les personnes qui se trouvent favorisées dans la première situation peuvent indemniser hypothétiquement celles qui souffrent de ce changement de situation tout en conservant une amélioration de leur bien-être⁶²³. Un nouvel exemple chiffré permet d'illustrer ce critère d'efficience : si dans un état *x*, A et B gagnent chacun (200), l'état *y* sera plus efficient si A y gagne (230) et B seulement (180) puisque A pourrait – avec ce qu'il a gagné – indemniser B pour sa perte tout en gagnant (10). Le départ du critère de Pareto semble relatif puisque l'indemnisation doit conduire à une situation Pareto efficiente – nulle personne ne préfère l'état antérieur. Il faut toutefois insister sur le fait que l'indemnisation du perdant, ici, n'est qu'hypothétique ; il n'est pas exigé du gagnant qu'il compense effectivement la perte soufferte par autrui, « l'idée [du critère Kaldor Hicks] rest[ant] finalement de maximiser le “bien-être” total dans une société »⁶²⁴.

305. Critère de l'analyse coûts-bénéfices.- Non loin du critère Kaldor Hicks, se trouve une démarche qui passera pour plus commune aux yeux du juriste : l'analyse coûts-bénéfices⁶²⁵. Parfois assimilée au précédent critère, cette analyse s'en distingue toutefois dans la mesure où elle envisage les gains et pertes d'utilité dans une dimension strictement

⁶²² Sur ce critère, v. en général R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, *op. cit.*, p. 184 et s. (et les références citées).

⁶²³ V. F. Parisi, *The Language of Law and Economics – A Dictionary*, Cambridge University Press, 2013, p. 162.

⁶²⁴ R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, *op. cit.*, p. 186.

⁶²⁵ Sur cette approche, v. en général R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, *op. cit.*, p. 188 et s. (et les références citées) ; Adde R. O. Zerbe, « Cost-Benefit Analysis in Legal Decision-Making », in F. Parisi (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, Oxford University Press, 2017, p. 355.

monétaire. Il s'agit donc de traduire les préférences et utilités des individus en valeur monétaire afin de les comparer. À cet égard, la réduction du critère Kaldor Hicks qu'opère l'analyse coûts-bénéfices s'explique par la volonté de dégager un outil plus opérationnel. Cette volonté a porté ses fruits puisque l'analyse précitée a connu un grand succès outre-Atlantique au regard de son usage croissant dans les décisions et la littérature juridique américaines⁶²⁶. Intuitivement, pour l'analyse coûts-bénéfices, il faut et suffit que les bénéfices d'une réglementation dépassent ses coûts pour qu'elle améliore le « bien-être » de la société et soit dite efficiente. Dans une perspective plus économique, il est nécessaire d'effectuer un calcul convoquant la notion de « *compensating variations* » (« CV » ou « compensation de variation »), laquelle renvoie à ce que les personnes sont prêtes à payer pour que le changement d'état se produise. Il s'agit concrètement d'agrèger ces compensations de variation afin de déterminer s'il y a efficience – somme positive – ou non – somme négative. Une nouvelle fois, un exemple chiffré peut être utile. Si dans une situation x, A gagne (50) quand B gagne (70), et, que dans une situation y, A gagne (90) quand B gagne (60), la compensation de variation de A entre les deux situations est donc de (+40) quand celle de B est de (-10). La somme des compensations étant (+30) et donc positive, le passage d'une situation à l'autre peut être qualifié d'efficient.

306. Critère de la maximisation des richesses.- A côté de ces critères proprement économiques, un critère d'efficience pour l'analyse économique du droit a été élaboré et promu par M. Posner : la « maximisation des richesses »⁶²⁷. L'auteur américain procède à son assimilation avec le critère Kaldor-Hicks⁶²⁸. La maximisation des richesses repose – c'est une évidence – sur la notion de « richesse » qu'il faut alors comprendre comme la valeur monétaire que les individus sont prêts à dépenser pour acquérir un bien ou à recevoir pour s'en séparer⁶²⁹. Une telle approche monétisée permet d'éluder les difficultés liées aux comparaisons interpersonnelles des utilités sans pour autant réduire l'analyse aux marchés dits explicites – c'est-à-dire les marchés sur lesquels aucune monnaie n'est échangée.

⁶²⁶ En ce sens, v. l'étude empirique réalisée par R. O. Zerbo, « Cost-Benefit Analysis in Legal Decision-Making », préc., p. 355 et s.

⁶²⁷ Sur ce critère et les critiques qu'il a pu susciter, v. en général R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 192 et s. ; Adde S. Harnay et A. Marciano, *Posner – L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 70 et s.

⁶²⁸ V. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 14. Pour une approche critique de ce rapprochement, v. général R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 197 et s.

⁶²⁹ On retrouve ici les notions de *Willingness to pay* (WTP) et *Willingness to accept* (WTA) (sur lesquelles, v. F. Parisi, *The Language of Law and Economics – A Dictionary*, op. cit., p. 320).

Assez intuitivement, le critère de la maximisation des richesses est satisfait lorsqu'un changement d'état augmente la somme des richesses des individus.

307. Conclusion.- L'analyse économique du droit a emprunté à l'analyse économique générale la notion d'efficacité économique. Cette dernière, si elle vise systématiquement à lutter contre le gaspillage des ressources économiques, peut se comprendre différemment selon la conception retenue. La diversité qui existe pour la notion d'efficacité économique étant susceptible de rejaillir sur celle d'efficacité économique du droit, il importe de déterminer quelle conception peut être convoquée pour identifier la finalité du contrôle de l'article 1221 du Code civil.

B) LA CONCEPTION DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE DU DROIT A L'ŒUVRE DANS LE CADRE DU CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE

308. Le contrôle de l'exécution forcée renforçant l'efficacité économique de la sanction puisqu'il évite le gaspillage des ressources du débiteur, encore faut-il préciser de quelle conception de la notion d'efficacité économique il est question. S'il semble nécessaire d'exclure la conception parétienne de l'efficacité économique (1), la conception reposant sur le critère Kaldor-Hicks doit être retenue (2).

1) La conception à exclure : l'efficacité économique au sens du critère de Pareto

309. Raison de l'exclusion du critère de Pareto : l'absence de consentement du créancier.- Le passage de l'absolutisme de l'exécution forcée à son relativisme dans le cadre de l'article 1221 du Code civil permet-il d'accroître l'efficacité économique du droit au sens du critère de Pareto ? Autrement dit, quand l'exécution forcée est manifestement disproportionnée, est-ce que l'état qui rejette l'exécution forcée est Pareto dominant ou supérieur à l'état qui admet une exécution forcée absolue ?

310. Répondre à la question suppose de reprendre le critère de l'efficacité parétienne : il faut au moins qu'une personne préfère la situation ciblée sans que personne ne préfère la situation antérieure. Cela revient à demander le consentement de tous les opérateurs qui

disposent donc chacun d'un droit de veto. La logique d'unanimité n'est pas sans incidence : le critère de Pareto « est donc peu opérationnel, notamment en économie du droit puisqu'en allouant un droit à une personne plutôt qu'à une autre, il est tout à fait vraisemblable qu'une personne soit dans une situation moins avantageuse »⁶³⁰.

311. Le caractère peu opérationnel du critère de Pareto se vérifie aisément dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil car si l'exécution forcée est manifestement disproportionnée, confier le pouvoir au juge de l'exclure satisfait certainement le débiteur qui échappe à la sanction, mais n'est guère préférable pour le créancier qui se trouve dans ce cas dans une situation moins avantageuse. Plus fondamentalement, il est difficile de déceler un quelconque consentement du créancier à un contrôle qui contredit sa demande en exécution forcée, demande qui est porteuse de sa volonté. L'existence de sanctions à la disposition du créancier si sa demande en exécution forcée est rejetée⁶³¹ n'est pas de nature à satisfaire pleinement le créancier qui donnerait ainsi indirectement son consentement à l'état admettant un contrôle de l'exécution forcée tiré de son caractère manifestement disproportionné.

312. En définitive, si le contrôle de l'exécution forcée porté par l'article 1221 du Code civil entend lutter contre le gaspillage des ressources du débiteur, cette lutte ne renforce pas l'efficacité économique au sens du critère de Pareto. La remarque n'est pas sans conséquence car c'est uniquement sur cette conception parétienne que les économistes s'accordent. Puisqu'elle doit être exclue, il convient de se tourner vers une autre conception.

2) La conception à retenir : l'efficacité économique au sens du critère Kaldor-Hicks et ses dérivés

313. Ambition opérationnelle du critère Kaldor-Hicks et de ses dérivés.- Conscients que « les conditions de Pareto supériorité sont rarement rencontrées dans le monde réel »⁶³², les économistes ont élaboré le critère Kaldor-Hicks tout comme ses

⁶³⁰ R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 175.

⁶³¹ V. *infra* n° 869 et s.

⁶³² R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 14.

dérivés – l’analyse coûts-bénéfices et le critère de la maximisation des richesses – qui n’ont fait que prolonger cette volonté de disposer d’un critère opérationnel pour juger de l’efficacité économique d’une situation. Le caractère opérationnel de ces critères, notamment par rapport au critère de Pareto, s’observe à deux égards. D’abord, ils n’exigent pas le consentement unanime des opérateurs pour que le passage d’un état à l’autre soit jugé efficient. Pour ces critères, il suffit que ceux qui sont favorisés par le changement d’état puissent indemniser hypothétiquement ceux qui souffrent du changement tout en conservant une certaine faveur afin qu’il soit considéré efficient. Le fait qu’un changement d’état soit préjudiciable à un opérateur n’est donc plus un obstacle sur le chemin de l’efficacité économique. Ensuite, pour les dérivés du critère Kaldor-Hicks que sont l’analyse coûts-bénéfices et la maximisation des richesses, il y a une volonté d’obtenir un outil encore plus opérationnel puisque les utilités des opérateurs sont monétisées afin de permettre une comparaison interpersonnelle. Le passage du qualitatif au quantitatif pour des raisons pratiques n’est pas original et il a été vu comment un effort de valorisation monétaire pouvait être déployé vis-à-vis de l’intérêt du créancier pour l’exécution forcée afin de permettre une comparaison avec le coût de l’exécution forcée pour le débiteur⁶³³. L’absence de consentement du créancier et la dimension quantitative des dérivés du critère de Kaldor-Hicks en font des candidats sérieux pour apprécier l’efficacité économique des situations d’application du contrôle de la disproportion manifeste de l’exécution forcée.

314. Rapprochement entre le contrôle de l’exécution forcée et l’efficacité économique au sens du critère Kaldor-Hicks et ses dérivés.- Est-ce que le contrôle de l’article 1221 du Code civil tel que consacré par la réforme du droit des contrats contribue à l’efficacité économique du droit entendue selon les dérivés du critère Kaldor-Hicks ? Pour répondre à cette interrogation à l’aune des critères retenus, et plus particulièrement les critères monétisés, il faut partir d’un exemple chiffré. Dans un contrat, A a payé (100) à B pour une prestation qu’il valorise à cette même hauteur et qui requiert de B une dépense de (80). B a effectué sa prestation, mais celle-ci se révèle finalement défectueuse de sorte que sa correction nécessiterait de sa part une dépense supplémentaire évaluée à (70), alors que l’intérêt de cette correction pour A peut être évalué à (5). Il s’agit de comparer un état *x* dans lequel l’exécution forcée est prononcée avec un état *y* dans lequel la sanction n’est pas

⁶³³ V. *supra* n° 84 et s.

prononcée car elle est disproportionnée. Autrement dit, il s'agit de comparer les états du droit antérieur et postérieur à la réforme du droit des contrats.

315. Dans l'état x , l'exécution forcée étant prononcée, il peut être considéré que A gagne (100) dans la mesure où il valorise la prestation à hauteur du prix payé. B, quant à lui, obtient (-50) et subit donc une perte car si B a déjà dépensé (80) pour exécuter une première fois son obligation et qu'il doit de nouveau dépenser (70) pour corriger l'inexécution, alors la prestation lui aura coûté (150) et comme le créancier ne versera pas davantage que la somme initialement prévue, soit (100), alors B affiche *in fine* une perte de (50) – à laquelle pourrait s'ajouter des dommages-intérêts pour réparer d'autres préjudices liés à l'inexécution.

316. Dans l'état y , l'exécution forcée étant écartée, il peut être considéré que A gagne (95), ce qui correspond à la valeur de la prestation reçue par A sans correction de la part de B, puisque la prestation promise est évaluée à hauteur de (100) et que l'intérêt de A pour obtenir cette prestation est de (5). B, quant à lui, gagne (20), ce qui correspond au profit que B espérait faire au moment de la conclusion du contrat, le coût de l'exécution (80) étant retranché à la somme versée par A et qui est de (100).

317. La compensation de variation entre x et y est donc égale à (-5) pour A, quand celle de B est égale à (70). La somme des compensations de variation est de (65) et donc positive. Selon l'analyse coûts-bénéfices, le passage de la situation x à la situation y procure une plus grande efficacité économique et, partant, c'est l'état qui admet un contrôle de la disproportion manifeste qui est plus efficient.

318. Cet état y est également celui qui maximise les richesses car dans l'état x il y a une perte de richesses de (-30), ce qui correspond à la valeur que A place dans la prestation prévue initialement (100) à laquelle est additionné le coût de la prestation pour B (-80 puis -70) réduit par le profit initialement espéré par lui (20). Or, dans l'état y , il y a une création de richesses de (35), ce qui correspond à la valeur que A place dans la prestation finalement reçue (95) à laquelle est additionné le coût de la prestation pour B (-80) réduit par le profit initialement espéré par lui (20). L'exemple procède bien évidemment à une simplification de la situation factuelle, ce qui peut conduire à douter de

la capacité de l'efficacité économique d'être un critère de décision autonome⁶³⁴. Il témoigne néanmoins du fait que si le contrôle de l'exécution forcée permet de promouvoir l'efficacité économique de la sanction, c'est dans la perspective des critères précités.

319. Conclusion.- Il ne suffit pas d'énoncer que le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil contribue à l'efficacité économique de l'exécution forcée. Encore faut-il identifier le critère de l'efficacité économique dont la logique s'associe à celle du contrôle précité. Or, puisque ce contrôle ne retient pas une logique d'unanimité et adopte une approche quantitative monétaire, il convient de l'associer aux dérivés du critère Kaldor-Hicks.

320. Conclusion du paragraphe.- Le constat que la nouvelle exception à l'exécution forcée permet d'éviter un gaspillage des ressources peut être complété en adoptant une approche théorique, reposant moins sur l'observation des faits que sur l'utilisation de l'analyse économique du droit. En effet, celle-ci envisage la lutte contre le gaspillage des ressources comme un levier pour promouvoir l'efficacité économique du droit. Le levier que tente d'actionner le contrôle de l'article 1221 du Code civil est toutefois particulier : il porte les couleurs de l'efficacité économique selon les dérivés du critère Kaldor-Hicks. Partant, la finalité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée doit être autrement formulée : le contrôle vise la promotion de l'efficacité économique de l'exécution forcée.

321. Conclusion de la section.- Assurément, la consécration comme l'application du contrôle de l'article 1221 du Code civil ne sont pas neutres. La relativisation du droit à l'exécution forcée conduit à émettre un jugement sur la demande du créancier, plus particulièrement un jugement d'ordre économique. La relativisation précitée permet d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur, c'est-à-dire leur emploi sans relatif profit. Ce faisant, la relativisation promeut l'efficacité économique de la sanction telle que l'envisage l'analyse économique du droit. Ces deux finalités, qui se confondent en vérité, traduisent la possibilité d'envisager la question en adoptant des postures différentes. Si la posture qui consiste à convoquer les outils de l'analyse économique du droit semble moins familière pour le juriste français, elle paraît

⁶³⁴ V. *infra* n° 330 et s.

particulièrement indiquée en l'occurrence car le discours économique n'envisage pas indifféremment l'efficacité économique. Pour cette analyse, l'efficacité économique est une valeur à protéger. L'analyse économique ne doit donc pas seulement être mobilisée pour prolonger les fruits de l'approche pratique de la finalité du contrôle de l'exécution forcée : elle permet d'envisager le débat sur la justification de l'atteinte à la force obligatoire.

SECTION 2 : LA RECHERCHE D'EFFICACITE ECONOMIQUE EN TANT QUE VALEUR JUSTIFIANT L'ATTEINTE A LA FORCE OBLIGATOIRE

322. La nouvelle exception à l'exécution forcée renforce l'efficacité économique de la sanction. Le constat est important pour qui entend identifier la finalité du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Au-delà, il est précieux pour compléter le débat relatif à l'opportunité de la nouvelle exception à l'exécution forcée. Comme cela a été vu⁶³⁵, l'opportunité de la relativisation du droit à l'exécution forcée est discutée car elle engendre nécessairement une relativisation de cette valeur cardinale qu'est la force obligatoire du contrat. La seule manière d'éviter la condamnation de la nouvelle exception consiste à trouver une autre valeur, reconnue par le système juridique, qui viendrait justifier l'atteinte à la force obligatoire. Or il n'est pas exclu que la finalité poursuivie par l'exception puisse également jouer le rôle de valeur justifiant l'atteinte à la force obligatoire. La question qui se pose alors est la suivante : est-ce que l'efficacité économique – promue par le contrôle de l'exécution forcée – justifie l'atteinte à la force obligatoire qui va de pair avec ce contrôle ? Pour répondre à cette interrogation, il convient au préalable de constater la possibilité de la justification de l'atteinte à la force obligatoire par la recherche de l'efficacité économique en général (§1). Ce n'est que par la suite qu'il sera envisageable de considérer la réalité de la justification de l'atteinte à la force obligatoire par la recherche de l'efficacité économique en matière d'exécution forcée (§2).

⁶³⁵ V. *supra* n° 218 et s.

§1 LA JUSTIFICATION DE L'ATTEINTE A LA FORCE OBLIGATOIRE PAR LA RECHERCHE DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE EN GENERAL

323. La recherche d'une plus grande efficacité économique du droit peut-elle, en général, justifier une atteinte à la force obligatoire du contrat ? S'il s'agit de répondre par l'affirmative, l'explication peut se faire en deux temps successifs. D'abord, le caractère justificatif de la recherche de l'efficacité économique requiert qu'elle constitue un objectif du droit (**A**), signe de la reconnaissance de cette valeur par le système juridique. Ensuite, le caractère justificatif de la recherche de l'efficacité économique peut être déduit de précédents d'atteintes à la force obligatoire réalisés en son nom (**B**).

A) LA RECHERCHE DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE DU DROIT COMME OBJECTIF DU DROIT

324. Envisager la recherche de l'efficacité économique comme une valeur justifiant une atteinte à la force obligatoire du contrat revient à admettre qu'elle constitue un objectif du droit. En effet, il est difficilement imaginable de voir la force obligatoire céder face à un objectif combattu ou ignoré par le système juridique. C'est par exemple parce que la protection de la liberté individuelle importe aux yeux du droit que la force obligatoire cède dans le cadre de l'impossibilité morale de l'exécution forcée⁶³⁶. Il s'agit donc d'explorer les raisons qui permettraient de voir l'efficacité économique comme un objectif du droit (**1**). Ces raisons ne doivent pas toutefois conduire à l'envisager comme l'unique objectif de la matière : l'efficacité économique est un objectif du droit parmi d'autres (**2**).

1) L'efficacité économique : objectif du droit

325. Attribution d'une base éthique à l'efficacité économique.- La littérature de l'analyse économique du droit a beaucoup œuvré, à ses débuts du moins, pour faire de la recherche d'efficacité économique un objectif du droit en tant que tel, voire l'objectif du

⁶³⁶ V. *supra* n° 244.

droit. Une telle reconnaissance a nécessité que l'efficacité économique soit dotée d'une base éthique⁶³⁷, c'est-à-dire des raisons qui permettraient d'en faire une valeur admise par le système juridique. L'entreprise a conduit les auteurs à explorer plusieurs pistes qui n'emportent pas toutes la même adhésion.

326. L'efficacité économique comme valeur sociale autonome.- Il peut être envisagé de promouvoir l'efficacité économique comme un objectif du droit car elle est une *valeur sociale* à protéger en soi. Peu importe ici que l'efficacité renvoie à la maximisation de l'utilité ou à la maximisation des richesses monétaires : il faudrait saluer leur maximisation *en soi*⁶³⁸. Toutefois, il est difficile de voir l'intérêt pour le système juridique à poursuivre comme objectif la maximisation des utilités ou des richesses pour la seule maximisation des utilités ou des richesses. Il est même envisageable de reprocher à cette attitude de reproduire à outrance les errements de l'utilitarisme et de sacraliser – voire fétichiser – les richesses monétaires⁶³⁹. Assurément, le système juridique ne saurait se donner comme objectif de permettre la réalisation du mythe de Midas. La seule voie pour échapper à la critique consiste à admettre que, contrairement à la richesse « traditionnelle » envisagée comme simple ressource, le concept de richesse notamment utilisé par M. Posner n'est pas seulement tourné vers la thésaurisation, mais vers la consommation. Toutefois, en fournissant cette explication, la richesse n'est plus envisagée comme une valeur en soi mais comme une valeur instrumentale, ce qui semble correspondre à l'autre moyen de conférer une base éthique à l'efficacité économique.

327. L'efficacité économique comme intermédiaire.- La valorisation de l'efficacité économique résulte plus communément de son appréhension en tant qu'instrument. À ce titre, certains auteurs comme M. Posner ont considéré que l'efficacité économique devait être érigée en objectif du droit puisque le concept se couple avec la promotion de certaines valeurs socialement désirables⁶⁴⁰. La recherche de la maximisation des richesses ou des utilités conduirait ainsi, par la même occasion, au développement

⁶³⁷ Pour une présentation des différentes justifications de l'approche normative, v. en général R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 236.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 239 et s.

⁶³⁹ En ce sens, v. R. Dworkin, « Is Wealth a Value? », (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 191, spéc. p. 200.

⁶⁴⁰ V. S. Harnay et A. Marciano, *Posner – L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 83 (et les références citées).

d'une éthique de production : « la maximisation des richesses encourage et récompense les vertus et compétences "calvinistes" et "protestantes" traditionnellement associées au progrès économique »⁶⁴¹. De manière plus convaincante, quoique moins culturelle, l'augmentation des richesses permettrait d'accroître le bien-être général des individus⁶⁴². Certes, une distinction théorique doit être réalisée entre l'idée de bien-être et l'augmentation des richesses, ne serait-ce que parce que l'efficacité économique se désintéresse de la distribution des richesses. Toutefois, dans une perspective pragmatique, l'augmentation des richesses peut être considérée comme l'étape préalable à une augmentation du bien-être général, lequel se décompose en des éléments plus particuliers dépendant dans une certaine mesure des ressources monétaires. Non sans une certaine provocation, M. Posner a ainsi pu relever que la richesse « conduit au bonheur, à la liberté, à l'expression de soi, et à d'autres biens qui ne prêtent pas à controverse »⁶⁴³. Il ne faut pas nécessairement voir dans le propos un matérialisme exacerbé, mais bien plutôt un certain pragmatisme et la reconnaissance d'une corrélation entre la richesse et le bien-être : « [n]ous regardons autour de la planète et voyons qu'en général les personnes qui vivent dans des sociétés dont les marchés peuvent fonctionner plus ou moins librement sont non seulement plus riches que les habitants d'autres sociétés, mais aussi ont plus de droits politiques, plus de liberté et de dignité, sont plus satisfaits (comme le prouve, par exemple, par leur moindre disposition à émigrer) – de sorte que la maximisation des richesses pourrait être la voie la plus directe à une grande variété de fins morales »⁶⁴⁴. En somme, la recherche d'une plus grande efficacité économique peut être envisagée comme un objectif pour le droit car cette recherche participe au bien-être général des individus.

328. En définitive, l'efficacité économique peut bien prétendre au rôle d'objectif du droit, lequel est un préalable à la reconnaissance de cette valeur comme une valeur justifiant une atteinte à la force obligatoire. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre sur la portée du présent propos : en aucun cas il ne vise à attribuer à l'efficacité économique un monologue. Bien plutôt, il convient d'observer que cette valeur participe à un dialogue avec

⁶⁴¹ R. A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1983, p. 68.

⁶⁴² R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 245 et s.

⁶⁴³ R. A. Posner, « The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman », (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 243, spec. p. 244.

⁶⁴⁴ R. Posner, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 382.

d'autres valeurs qui endossent un rôle similaire. Autrement dit, l'efficacité économique n'est rien de plus qu'un objectif du droit parmi d'autres.

2) L'efficacité économique : objectif du droit parmi d'autres

329. Tentation de l'approche normative de l'efficacité économique.- La valeur instrumentale de l'efficacité économique a poussé certains auteurs à l'envisager en adoptant une approche normative et non plus positive⁶⁴⁵. Selon l'approche positive, le concept d'efficacité économique du droit permet de mesurer si une norme est ou n'est pas efficiente. Par exemple, le recours à cette approche positive a contribué à l'élaboration – essentiellement par M. Posner – de l'hypothèse de l'efficience des règles de la *Common law*. Selon l'auteur, nombre de règles juridiques retenues par les tribunaux américains – et héritées des tribunaux anglais – se trouvent être efficientes, alors même qu'aucun raisonnement économique explicite ne ressort des décisions judiciaires⁶⁴⁶. L'approche positive a également été mise en œuvre plus tôt dans la thèse, lorsqu'il a été vu que le contrôle de l'article 1221 du Code civil était efficient au sens du critère Kaldor-Hicks et de ses dérivés. Si cette approche peut aboutir au constat d'efficacité économique du droit, elle ne postule pas que l'efficacité précitée est le seul objectif du droit et ne propose donc pas un jugement sur cet aspect. Ce sont les tenants de la seconde approche, l'approche normative, qui ont fait de l'efficacité non pas *un* objectif du droit, mais *l'unique* objectif du droit. La position implique que les producteurs normatifs – juges et législateurs – œuvrent dans ce seul sens⁶⁴⁷. Il ne s'agit plus de dire qu'une règle juridique *est* efficiente, mais bien plutôt qu'elle *doit* ou *devrait* présenter cette qualité. Si le premier temps de la démarche est descriptif puisqu'il s'agit toujours d'évaluer telle ou telle règle juridique, il faut immédiatement ajouter un second temps. L'éventuel constat d'inefficience appelle alors nécessairement une modification de la règle envisagée, de même qu'un constat d'efficience plaide pour son maintien en l'état. M. Posner est celui qui a plaidé avec le plus de vigueur pour cette cause, même s'il a eu l'occasion d'amender son discours au fil des critiques reçues. Il n'est toutefois pas isolé dans cette démarche : plus récemment, deux auteurs ont

⁶⁴⁵ Sur la distinction entre ces deux approches, v. not. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 31 et s.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, de Boeck, 2015, p. 28.

soutenu dans un ouvrage remarqué que « les règles juridiques doivent être sélectionnées seulement au regard de leurs effets sur le bien-être des individus au sein de la société [; c]ette position implique que les notions d'équité comme la justice corrective ne reçoivent aucun poids particulier dans l'évaluation des règles juridiques »⁶⁴⁸.

330. Critique de l'approche normative de l'efficacité économique.- La vision qui entend faire de l'efficacité économique le *seul* objectif du droit a été la cible de nombreuses et puissantes critiques. La fascination dont a fait l'objet l'analyse économique du droit développée dans la suite de la théorie économique néoclassique a laissé la place aux questions, formulées tant par ceux qui rejettent le paradigme économique que par ceux qui en acceptent les prémices⁶⁴⁹. Ces questions ont eu pour effet de fissurer les deux piliers sur lesquels repose l'édifice posnérien : la rationalité des agents et l'efficacité économique comme objectif du droit. Le premier pilier postule que les agents entendent systématiquement maximiser leur utilité et prennent leurs décisions en effectuant des calculs rationnels, y compris lorsque la question posée n'entre pas à proprement parler dans un cadre explicitement marchand⁶⁵⁰. Cette hypothèse de la rationalité des agents, fruit d'une approche formaliste, a toutefois été fortement remise en cause par de nombreux écrits s'intégrant dans une démarche empirique⁶⁵¹, à telle enseigne que ces écrits ont ensuite gagné leur autonomie et ont formé le mouvement du *Behavioral Law and Economics*⁶⁵², dont quelques enseignements ont déjà été mobilisés dans la thèse⁶⁵³. L'efficacité économique reposant également et en partie sur le postulat de la rationalité des opérateurs, ses insuffisances ont rejailli sur le second pilier de l'analyse⁶⁵⁴. Plus particulièrement, l'efficacité économique entendue selon les critères présentés plus tôt ne semble permettre

⁶⁴⁸ L. Kaplow et S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002, p. 3 et s.

⁶⁴⁹ E. Mackaay, « History of Law and Economics », préc., p. 76 et s.

⁶⁵⁰ Pour une présentation exhaustive de la question, v. not. R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 47 et s.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 114 et s.

⁶⁵² Pour une présentation du mouvement, v. not. B. Deffains et S. Ferey, *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2010, p. 10 ; B. Amann, « Quelques apports de l'analyse économique au droit », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Francis Lefebvre-Dalloz, 2020, p. 923, spéc. p. 930 et s. V. plus généralement C. Sunstein (dir.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

⁶⁵³ V. *supra* n° 97.

⁶⁵⁴ Pour une vue d'ensemble, v. not. N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op. cit., p. 394 et s. Adde E. Mackaay, « History of Law and Economics », préc., p. 77 et s. Adde D. Driesen et R. Malloy, « Critiques of Law and Economics », in F. Parisi (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Vol. 1- Methodology and Concepts*, Oxford University Press, 2017, p. 300.

que l'appréhension d'une situation statique alors que le monde réel se veut dynamique, les préférences et informations à disposition des opérateurs évoluant constamment⁶⁵⁵. Il est alors paradoxal de faire de l'efficacité économique un moyen d'insuffler un certain pragmatisme dans le discours juridique alors que cette analyse repose davantage sur des modèles théoriques que sur des vérités empiriques. Il peut être frappant de constater le décalage entre la prétention opérationnelle de l'analyse et le degré d'abstraction parfois atteint dans les études qui adoptent cette approche⁶⁵⁶. Les fissures d'ordre méthodologique apparaissant sur les piliers précités fragilisent l'édifice et le rendent encore plus vulnérable au vent tempétueux que représente la critique externe, reposant davantage sur des arguments d'ordre moral. En effet, même si la maximisation des richesses entend s'émanciper de l'utilitarisme afin d'échapper à ses critiques, force est d'admettre qu'elle n'y parvient pas. En se désintéressant totalement de la question de la distribution des richesses, laquelle est pourtant centrale pour évaluer le bien-être des individus, l'efficacité économique est particulièrement critiquable sur le plan moral. De plus, en niant toute pertinence aux autres valeurs, l'efficacité économique envisagée dans une perspective normative opère une réduction peu compatible avec les exigences morales pourtant prégnantes dans le système juridique. Ainsi, la marchandisation du corps humain et la production industrielle au détriment des ressources écologiques peuvent servir l'objectif d'efficacité, certes, mais achoppent sur des objectifs fondamentaux que sont la dignité du corps humain et la protection de l'environnement.

331. Quelle valeur donner aux critiques adressées à l'efficacité économique comme objectif du droit ? Assurément, il convient de les suivre pour exclure l'efficacité économique comme *seul* critère de la décision juridique : la règle à édicter par le législateur ou le juge ne doit pas être modelée pour satisfaire la seule efficacité économique du droit, de même qu'une règle déjà édictée ne doit pas faire l'objet d'un amendement seulement parce qu'elle y contrevient. Il faut donc approuver les critiques adressées à la suite de la publication du classement *Doing Business* hiérarchisant les systèmes juridiques en fonction

⁶⁵⁵ V. R. Lanneau, « Penser l'efficacité des régulations juridiques, quelques problèmes épistémologiques », *RRJ* 2013/3, p. 8.

⁶⁵⁶ Sur la difficile validation empirique des conclusions de l'analyse économique du droit, v. not. R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, *op. cit.*, p. 765 et s.

de leur prétendue efficacité⁶⁵⁷. La réaction quasi-épidermique constatée s'explique moins par « l'atonie française en économie du droit »⁶⁵⁸, ou encore par un rejet systématique de l'analyse économique du droit pour des raisons culturelles⁶⁵⁹, que par une conscience des limites de cette analyse. Preuve en est, la Banque mondiale a annoncé en septembre 2021 qu'elle ne publierait plus de classements *Doing Business*.

332. Les critiques adressées à l'efficacité économique comme objectif du droit ont-elles toutefois pour conséquence de tout à fait exclure du débat juridique l'argument économique en général, et celui tiré de l'efficacité économique en particulier ? Répondre par l'affirmative serait sans doute excessif. Outre le fait que l'analyse menée peut moins prêter le flanc à la critique de l'artificialité dans certaines situations, il est difficile de nier toute pertinence à la valeur instrumentale de l'efficacité économique. L'attention pour les conséquences économiques des règles juridiques s'explique par le fait qu'en tant que phénomène social, le droit ne saurait se désintéresser totalement de la question économique. L'efficacité économique demeure ainsi un objectif du droit, intégré dans un dialogue avec plusieurs autres objectifs ou valeurs reconnus par le système juridique. Cette voie médiane que la présente thèse se propose de suivre a déjà été empruntée par d'autres. Oppetit, tout en retenant que « [l]'homme n'est pas réductible à la seule efficacité »⁶⁶⁰, relevait que « [l]e souci d'efficacité dont témoigne l'approche économique du droit n'est certes pas resté étranger aux finalités poursuivies par le système juridique, même dans les pays de droit continental, d'abord en ce que la formulation des règles a toujours inclus à des degrés variables, dans son champ les données économiques au même titre que les composantes morale, sociale, technique ou autre, mais aussi et surtout en ce que les diverses branches

⁶⁵⁷ V. not. Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006. Adde Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, op. cit., n° 36, p. 63 et s. (et les références citées). Pour une discussion autour d'une meilleure utilisation de l'analyse économique du droit dans la perspective de la comparaison des droits, v. B. Fauvarque-Cosson et A.-J. Kerhuel, « Is Law an Economic Contest? French Reactions to the *Doing Business* World Bank Reports and Economic Analysis of Law », (2009) 57 *Am. J. Comp. L.* 81. Adde encore récemment A. Raynouard, « Comparaison n'est pas raison : benchmarks, concurrence normative et attractivité du droit », in *Mélanges en l'honneur de Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 777.

⁶⁵⁸ T. Kirat, *Économie du droit*, op. cit., p. 46.

⁶⁵⁹ Sur ces raisons, v. not. H. Muir Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, p. 37.

⁶⁶⁰ B. Oppetit, « Droit et économie », in *Archives de Philosophie du droit, Droit et économie*, T. 37, 1992, p. 26. Sur l'emprise des faits économiques sur le droit des obligations, v. déjà H. Lévy-Ullmann, *L'obligation et le contrat au premier quart du XX^e siècle*, Cours de droit civil 1927-1928, p. 121 et s.

du droit, et même le droit civil, ont fréquemment utilisé des standards propices à l'appréciation en opportunité des comportements individuels classés en fonction de leurs résultats (et l'on songe évidemment à la fameuse notion de "bon père de famille" du code civil) (...) »⁶⁶¹. À bien considérer la littérature américaine, la primauté absolue de l'efficacité dans la réflexion menée en analyse économique du droit relève davantage du mythe que de la réalité : « [g]lobalement donc, une large partie des tenants de l'analyse économique du droit ne considèrent pas l'efficacité comme la norme toute puissante qui devrait guider l'ensemble des choix des politiques et des juges »⁶⁶².

333. En définitive, si l'efficacité économique ne peut prétendre être le seul objectif du droit au regard des faiblesses révélées par les nombreuses critiques adressées à la notion, il ne faut pas nier à cette dernière toute pertinence dans le discours juridique. L'efficacité économique est donc un objectif du droit parmi d'autres qui doit, lorsqu'est évaluée une norme juridique, s'articuler avec d'autres objectifs qui dépendent du domaine considéré.

334. Conclusion.- La recherche de l'efficacité économique constitue un objectif que le droit peut viser notamment au regard de l'augmentation du bien-être qu'elle est susceptible d'engendrer. Toutefois, il n'est guère envisageable de faire de cet objectif le seul que le droit doive poursuivre au regard de ses faiblesses intrinsèques et de ses conflits avec d'autres valeurs bénéficiant également d'une reconnaissance de la part du système juridique. Aussi, il faut conclure que l'efficacité économique est un objectif du droit parmi d'autres, les règles juridiques pouvant tendre vers cet objectif en s'articulant avec d'autres valeurs. Le point d'arrivée du raisonnement peut décevoir les tenants d'une approche normative de l'efficacité économique. Toutefois, pour le présent propos, il était seulement nécessaire que la recherche d'efficacité économique constitue un objectif du droit, une valeur reconnue par le système juridique. Une telle reconnaissance suffit pour poursuivre la réflexion relative à la capacité de cette recherche à justifier une atteinte à la force obligatoire du contrat.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 24 et s. Adde P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Sirey, p. 204 et s.

⁶⁶² R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, op. cit., p. 278 (et les références citées).

B) LES PRECEDENTS D'ATTEINTES A LA FORCE OBLIGATOIRE AU NOM DE LA RECHERCHE D'EFFICACITE ECONOMIQUE

335. La recherche de l'efficacité économique, en tant qu'objectif du droit, peut-elle véritablement prétendre justifier une atteinte à la force obligatoire ? L'existence de précédents laisse à penser qu'une réponse affirmative peut être apportée à l'interrogation. Si l'analyse est circonscrite aux sanctions de l'inexécution du contrat, il apparaît que la force obligatoire recule devant la recherche d'une efficacité procédurale, comme en témoigne le développement de l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution (1), et devant la recherche d'une efficacité substantielle, comme l'illustre la sanction de la garantie de conformité en matière de consommation (2).

1) L'efficacité procédurale : l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution

336. Développement de l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution malgré l'atteinte à la force obligatoire du contrat.- L'unilatéralisme, entendu comme « l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté »⁶⁶³, est un « phénomène irritant »⁶⁶⁴ en matière contractuelle⁶⁶⁵. Il faut dire que cette dernière s'accommode plus de l'accord des parties que de la décision d'une seule d'entre elles que ce soit pour créer, modifier ou éteindre le lien de droit. La remarque n'a pas empêché le développement de l'unilatéralisme dont la place « a grandi parmi les événements qui entourent l'inexécution »⁶⁶⁶.

⁶⁶³ L Aynès, « Rapport introductif », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 3.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ Pour une vue d'ensemble de la question, v. not. C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999 ; P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, 2014, préf. S. Chassignard-Pinet, av.-pr. G. Chantepie. Pour un regard postérieur à la réforme du droit des contrats, v. not. Th. Revet, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Mélanges en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 887. Le même auteur relève que ce mouvement participe d'une dualisation de la théorie du contrat (Th. Revet, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 412). *Adde* le dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant » paru à la *RDC* 2018/3, p. 502 et s.

⁶⁶⁶ Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 88.

337. Les sanctions de l'inexécution du contrat sont un véritable laboratoire pour l'unilatéralisme, lequel peut être individuel ou conventionnel⁶⁶⁷. Alors que dans le dernier cas, les deux parties s'accordent dans l'acte initial sur le fait que l'une d'entre elles pourra seule sanctionner l'autre en cas d'inexécution du contrat, la sanction unilatérale sera autonome dans le premier cas. Cette distinction faite, il est certain que l'atteinte à la force obligatoire n'est pas de la même vigueur dans les deux cas. L'unilatéralisme individuel constitue un net écart par rapport à la force obligatoire puisqu'une partie décide seule que l'accord n'ira pas au bout du chemin initialement tracé. Si l'écart est moins net pour l'unilatéralisme conventionnel, puisqu'il s'appuie sur l'outil contractuel pour être exercé, il demeure qu'il ne peut être tout à fait nié car dans une conception pure du contrat, le fait d'accorder une telle prérogative à une partie n'est guère naturel.

338. La différence de degré dans l'atteinte à la force obligatoire se reflète dans l'opposition au développement de l'unilatéralisme parmi les sanctions de l'inexécution. Les sanctions unilatérales dites conventionnelles ont été plus facilement admises comme l'illustre la résolution du contrat reposant sur une clause résolutoire et pour laquelle seule est exigée en principe la mise en demeure du débiteur. Les sanctions unilatérales dites individuelles ont systématiquement fait l'objet d'un débat plus nourri, sauf l'exception d'inexécution qui s'imagine forcément dans une perspective unilatérale. Ainsi, la résolution unilatérale du contrat n'a eu de cesse d'être combattue par une jurisprudence et une doctrine attachées au principe de la résolution judiciaire de l'ancien article 1184 du Code civil⁶⁶⁸. Cette forme de résolution a néanmoins été consacrée par la réforme du droit des contrats aux articles 1224 et 1226 du Code civil, rompant ainsi avec le statut antérieur d'exception légale puis de principe prétorien de la résolution unilatérale⁶⁶⁹. De même, une autre sanction unilatérale individuelle a été le centre de l'attention doctrinale qui doutait de son caractère unilatéral : la réduction du prix⁶⁷⁰. Le doute était permis au regard de la rédaction des textes relatifs à cette sanction qui permet au créancier de ne pas verser une

⁶⁶⁷ Sur cette distinction, v. C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 72.

⁶⁶⁸ Pour une discussion exhaustive de la question de la résolution unilatérale, v. not. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., p. 373 et s., n° 525 et s. *Adde* D. Mazeaud, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport Français », *RDC* 2010/3, p. 1076.

⁶⁶⁹ Sur ces étapes, v. not. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n° 803 et s., p. 897 et s..

⁶⁷⁰ Sur laquelle, v. *infra* n° 945 et s.

partie du prix en cas d'exécution imparfaite de l'obligation pesant sur l'autre partie⁶⁷¹. Il a fallu attendre la loi de ratification pour remédier aux incohérences existantes entre l'article 1217 du Code civil, les deux alinéas de l'article 1223 du Code civil et le *Rapport au Président de la République*. Désormais, il est acquis que la réduction du prix est judiciaire lorsque le créancier a déjà payé le prix initialement convenu (art. 1223, al. 2 du Code civil) et que cette sanction est unilatérale lorsque le prix de la prestation n'a pas été payé en tout ou partie (art. 1223, al. 1^{er} du Code civil)⁶⁷².

339. Justification économique de l'unilatéralisme.- Comment expliquer le développement d'un tel phénomène d'unilatéralisme, conventionnel comme individuel, alors qu'il entraîne une relativisation plus ou moins évidente de la force obligatoire du contrat ? Sans doute, si l'unilatéralisme est un phénomène irritant pour la force obligatoire, il s'entend bien davantage avec la recherche d'efficacité économique⁶⁷³. En postulant la non-intervention du cocontractant ou du juge pour prendre une décision relative au contrat, l'unilatéralisme est synonyme d'un gain de temps et donc d'argent. Les ressources qui ne seraient pas consacrées au traitement judiciaire ou à la négociation d'un point particulier pourront ainsi être utilisées par ailleurs. En bref, l'unilatéralisme participerait *in fine* de « l'augmentation de la taille de la tarte à partager ». Ainsi, lorsque le créancier prononce la résolution du contrat en vertu d'une clause résolutoire ou unilatéralement, lorsqu'il réduit unilatéralement le prix, ou lorsqu'il excipe de l'inexécution de l'autre partie pour ne pas exécuter sa propre prestation, il y a un évitement *a priori* et systématique du juge ou de l'autre partie qui est synonyme d'économies. Le *Rapport au Président de la République*

⁶⁷¹ Sur cette hésitation et sa résolution, v. not. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 788, p. 879 et s.

⁶⁷² Si le premier alinéa de l'article 1223 du Code civil précise *in fine* que « [l']acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit », il est généralement admis que cette acceptation n'est pas une condition de la sanction (en ce sens, v. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 18.143, p. 152).

⁶⁷³ Sur ces liens, v. not. P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, n° 149, p. 226.

évoque le lien entre unilatéralisme et efficacité économique⁶⁷⁴, le développant même au sujet de la résolution unilatérale désormais inscrite dans le Code civil : « [c]ette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose en effet sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers »⁶⁷⁵. En définitive, il semblerait bien que la recherche de l'efficacité économique puisse justifier une atteinte à la force obligatoire.

340. Réalité de la justification économique de l'unilatéralisme.- Si l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution entend promouvoir l'efficacité économique, y arrive-t-elle effectivement ? Il s'agit ici de vérifier si l'unilatéralisme des sanctions permet en pratique d'éviter le juge et de remployer plus promptement les ressources initialement dédiées au contrat inexécuté. Dans la perspective des économies liées au recours au juge, les gains espérés peuvent être jugés incertains puisque l'éviction du juge est elle-même incertaine. En aucun cas les régimes des différentes sanctions unilatérales évincent totalement la figure du juge, l'auteur supposé de l'inexécution pouvant systématiquement contester judiciairement le principe comme les modalités de la sanction prononcée par le créancier. Ainsi une remarque initialement formulée au sujet de la résolution unilatérale pourrait être étendue à toutes les sanctions unilatérales : « [elle] ne sera pas forcément moins coûteuse, ni plus rapide, tout simplement parce qu'elle ne sera pas moins judiciaire ! »⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 5. Pour une critique de cette relation, v. not. M. Jaouen, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS, 2021, p. 433, spéc. p. 435 et s. L'auteur considère que le développement de l'unilatéralisme des sanctions devrait moins s'expliquer par la recherche d'une plus grande efficacité économique que par la « transformation plus profonde de notre justice qui valorise l'autonomie des justiciables tout en recentrant l'office du juge sur le cœur de sa mission » (p. 436). Néanmoins, cette « transformation profonde » n'est-elle pas en définitive dictée, dans les faits, par un souci d'ordre économique et une volonté de ne pas gaspiller les ressources financières de la justice ?

⁶⁷⁵ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 33.

⁶⁷⁶ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., p. 435, n° 607. Adde, dans le même sens, C. Jamin, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 451, spéc. n° 17. V. récemment, B. Mathieu, « Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique », préc., spéc. n° 4, qui voit dans le développement conjoint de l'unilatéralisme et des standards l'occasion d'une augmentation quantitative du contentieux ; M. Jaouen, « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », préc. qui voit dans l'affirmation de l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution du contrat, mais pas exclusivement, l'occasion d'une rénovation de l'office du juge.

341. Le propos mérite d'être discuté car si le juge pourra toujours avoir à connaître de la sanction, la situation ne saurait être systématique en pratique. Autrement dit, il est possible que le potentiel judiciaire de la sanction ne se réalise dans les faits. En effet, l'unilatéralisme entraîne un changement des rôles respectifs des parties en permettant au créancier de créer une situation que le débiteur doit contester, alors que dans une hypothèse exclusivement judiciaire c'est au créancier d'agir, et donc de revêtir le rôle de demandeur, pour modifier la situation du contrat qui doit sinon recevoir une exécution normale. Cette inversion des rôles est susceptible de se refléter sur le comportement des parties et leur propension à saisir le juge. Puisque le débiteur doit désormais agir, il devra apprécier les chances de succès de son action et pourrait ne pas agir s'il estime qu'elles sont faibles. S'il est donc certain que le juge continuera à être saisi par des débiteurs, tous les débiteurs ne saisiront pas le juge. Certes, non sans un certain paradoxe, le caractère judiciaire n'empêche pas un phénomène similaire car le débiteur conscient de ses faibles chances dans les prétoires est davantage susceptible de s'asseoir autour de la table des négociations. Néanmoins, les circonstances de l'inexécution et ses suites immédiates peuvent éloigner les parties d'un accord de volontés, leur antagonisme se trouvant exacerbé. L'unilatéralisme de la sanction de l'inexécution permet justement de cibler ces situations particulières sans pour autant être rares : les parties sont conscientes du bien-fondé de la sanction unilatérale mais ne peuvent se résoudre à trouver un accord dans le même sens. Dans ce cadre, la sanction prononcée par le créancier ne fera pas l'objet d'une contestation judiciaire. En définitive, même si l'effectivité de l'unilatéralisme est relative, elle ne peut être tout à fait niée et, partant, des gains d'efficacité peuvent ressortir de ce phénomène qui s'est donc développé malgré l'atteinte à la force obligatoire qu'il suppose.

342. En définitive, le développement de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution du contrat illustre le fait que la recherche d'une plus grande efficacité économique peut justifier un recul de la force obligatoire. Certes, l'objectif n'est pas parfaitement atteint – car tout ne saurait être sacrifié sur l'autel économique –, mais il demeure que des gains en termes d'efficacité peuvent exister et, en tout état de cause, que leur perspective justifie aux yeux du législateur que la force obligatoire soit relativisée.

2) L'efficience substantielle : la garantie de conformité du droit de la consommation

343. Influence de la recherche d'une plus grande efficacité économique sur la substance des sanctions de l'inexécution.- Au nom de l'efficacité économique, le reflet de la force obligatoire sur l'aspect procédural des sanctions peut être quelque peu troublé. En va-t-il de même quant au reflet de la force obligatoire sur la substance même des sanctions ? C'est dans ce cadre que devra être placé à l'avenir le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. A son sujet, l'efficacité économique dicte un amendement de la sanction qui est à la disposition du créancier visant à assurer le respect de la prestation convenue.

344. La recherche d'un exemple pourrait débiter du côté de la clause pénale qui, cela a déjà été relevé à diverses reprises⁶⁷⁷, présente plusieurs points de rapprochement avec le nouveau contrôle de l'exécution forcée. Le contrôle du montant de la clause pénale que peut opérer le juge ne pourrait-il pas alors être une manifestation de la force obligatoire marquant le pas face à l'efficacité économique ? Il est vrai que dans une perspective strictement économique, le fait de maintenir le montant d'une clause pénale manifestement disproportionné par rapport au préjudice subi est susceptible d'entraîner un gaspillage des ressources du débiteur. Néanmoins, il est difficile de prolonger plus avant l'analyse car l'étude de la clause pénale doit systématiquement convoquer son aspect comminatoire et, à proprement parler, pénal ou répressif. Etablir une relation entre la relativisation de la force obligatoire et la recherche d'une certaine efficacité économique apparaît donc bien moins assuré car cette relativisation peut, dans une certaine mesure, être une conséquence de l'aspect pénal de la clause. En somme, quoiqu'intéressante, la clause pénale ne permet pas d'illustrer avec assez d'assurance le lien entre efficacité économique et recul de la force obligatoire.

345. La recherche d'un exemple convaincant requiert, à l'examen, de quitter les terres du droit commun afin de s'engager sur celles du droit de la consommation pour envisager les dispositions relatives à la garantie légale de conformité dans les ventes de

⁶⁷⁷ V. par ex. *supra* n° 135.

biens de consommation. Pour le présent propos, l'analyse de ces dispositions doit se faire en deux temps : d'abord, il convient de considérer les sanctions de la garantie de conformité avant la réforme du droit commun des contrats ; ensuite, il s'agit d'appréhender ces mêmes sanctions depuis l'ordonnance du 29 septembre 2021⁶⁷⁸, laquelle est venue réviser les règles en matière de garantie légale de conformité. Cette présentation chronologique permet de servir au mieux le présent propos qui vise à démontrer qu'au moment de consacrer le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil, il existait un précédent de relativisation de la force obligatoire au nom de la recherche d'une plus grande efficacité économique.

346. La garantie de conformité du droit de la consommation avant la réforme du droit commun des contrats.- Avant l'ordonnance du 29 septembre 2021, les sanctions de la garantie légale de conformité étaient envisagées aux anciens articles L. 217-8 et suivants du Code de la consommation. Ces dispositions étaient issues de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation dont le processus de transposition – long et houleux⁶⁷⁹ – s'était achevé par l'ordonnance du 17 février 2005, laquelle avait donc créé une nouvelle garantie légale de conformité des biens vendus aux consommateurs⁶⁸⁰. Pour le présent propos, seule importe la question des sanctions *in specie* en cas de non-respect de la garantie et donc l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation. Ce texte indiquait « [qu'e]n cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien ». Si la primauté reconnue aux sanctions assimilables à une exécution forcée et l'option confiée au créancier entre ces sanctions doivent être relevées, c'est le tempérament de cette option évoqué au second alinéa du texte qui importe pour le présent propos : « [t]outefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du

⁶⁷⁸ Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques.

⁶⁷⁹ Sur les controverses doctrinales liées à cette transposition, v. not. C.-E. Bucher, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *Rev. dr. Assas* 2018, déc., p. 73.

⁶⁸⁰ L. Leveneur, « La nouvelle garantie légale de conformité des biens vendus aux consommateurs », in *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 635. Adde, pour une étude d'ensemble de la garantie, D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020, n° 212.00 et s., p. 521 et s. ; L. Leveneur, « Fasc. 1060 : Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs – Garantie légale de conformité – Garantie commerciale », in *JurisClasseur Concurrence Consommation*, LexisNexis, 2020.

bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur ».

347. La limite à la volonté du créancier fondée sur le coût manifestement disproportionné interpelle forcément celui qui examine la nouvelle limite à l'exécution forcée formulée à l'article 1221 du Code civil. L'attention suscitée ne concerne pas forcément le recours à un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité car celui de l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation peut très imparfaitement être lié à celui de l'article 1221 du Code civil. Le contrôle du premier de ces textes évoquait la comparaison des coûts de deux modes de réparation en nature, dans la perspective de l'importance du bien ou du défaut qui l'affecte. Il ne s'agit pas de « simplement » comparer l'intérêt du créancier pour la correction *in specie* de l'inexécution et le coût de cette correction pour le débiteur. En réalité, l'attention suscitée par la disposition du Code de la consommation procède davantage de son intégration dans une logique d'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat. Il est assez évident que le seul objectif de la limite envisagée au second alinéa de l'ancien article L. 217-9 précité est d'éviter le gaspillage des ressources du débiteur, par exemple en empêchant « le remplacement d'un bien d'une grande valeur, affecté d'un défaut relativement minime et susceptible d'être mis dans un état conforme par une réparation sans inconvénient majeur pour l'acheteur »⁶⁸¹. Avant la réforme du droit des contrats, le texte consumériste illustre donc que l'argument tiré de la recherche d'efficacité économique est capable de faire reculer la force obligatoire. Certes, l'atteinte à cette dernière ne semble pas excessive car le créancier semble obtenir la prestation promise par le truchement d'une autre sanction assurant la mise en conformité. Toutefois, un strict respect de la force obligatoire n'aurait-il pas permis au créancier de choisir quelle solution *in specie* apporter au défaut ? Après tout, il peut considérer qu'un bien initialement défectueux qui a été réparé ne présente pas les mêmes qualités qu'un bien neuf, remplaçant le bien initialement défectueux⁶⁸².

⁶⁸¹ L. Leveneur, « La nouvelle garantie légale de conformité des biens vendus aux consommateurs », préc., p. 644.

⁶⁸² En ce sens, v. Th. Genicon, « Droit inconditionnel du créancier à l'exécution en nature (même en cas de "coût exorbitant") vs appréciation judiciaire de l'opportunité de la réparation en nature », *RDC* 2015/4, p. 839, spéc. p. 842.

348. En définitive, l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation constitue bien un précédent au recul de la force obligatoire au nom de l'efficacité économique. Le contrôle que prévoyait cette disposition a une véritable dimension économique, même si les juges s'en éloignent à l'occasion⁶⁸³, qui montre que l'efficacité économique peut être une valeur justifiant un écart à la force obligatoire du contrat. L'ordonnance du 29 septembre 2021, réformant la matière, ne remet pas fondamentalement en cause ce constat.

349. La garantie de conformité du droit de la consommation depuis l'ordonnance du 29 septembre 2021.- Les dispositions relative à la garantie de conformité ont été réformées par une ordonnance du 29 septembre 2021⁶⁸⁴, laquelle est venue transposer deux directives du 20 mai 2019⁶⁸⁵. Autrement moins houleuse que celle de la directive précitée de 1999, la transposition de ces directives n'en est pas moins importante tant d'un point de vue technique que politique⁶⁸⁶.

350. S'il s'agit de se concentrer ici sur la mise en œuvre de la garantie⁶⁸⁷, force est de constater, à titre liminaire, que l'ordonnance a reconduit la hiérarchie des sanctions offertes au créancier – quoique partiellement⁶⁸⁸ – ainsi que l'option entre le remplacement et la réparation du bien défectueux à l'article L. 217-8 du Code de la consommation. La

⁶⁸³ Civ. 1^{re}, 9 décembre 2015, n° 14-25.910, CCC 2016, comm. 53, note S. Bernheim-Desvaux ; *RTD civ.* 2016, p. 356, obs. H. Barbier : le vendeur professionnel d'un animal de compagnie atteint d'une maladie ne peut opposer au consommateur le coût disproportionné des soins à apporter à l'animal par rapport à son remplacement pour refuser la sanction choisie en premier lieu par le consommateur. Si la décision peut être envisagée comme un refus des juges de procéder au contrôle d'ordre économique, elle peut aussi s'expliquer par le fait que le remplacement de l'animal de compagnie est, en vérité, *impossible* (en ce sens, v. D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 212.52, p. 529).

⁶⁸⁴ Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques.

⁶⁸⁵ Directives (UE) n° 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques et (UE) n° 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.

⁶⁸⁶ En ce sens, v. Th. Genicon, « Nouvelle garantie de conformité dans la vente au consommateur : l'heure des choix (à propos de la transposition de la directive 2019/771/UE) », *D.* 2021, p. 534.

⁶⁸⁷ Sur les innovations de l'ordonnance, v. en général S. Bernheim-Desvaux, « Garantie de conformité – Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *CCC* 2021, comm. 174 ; V. Lasbordes-de Virville, « Nouveautés en matière de garantie légale de conformité dans les ventes de biens de consommation. À propos de la transposition des directives UE 2019/770 et 2019/771 du 20 mai 2019 par l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 », *CCC* 2021, ét. 11 ; J.-D. Pelletier, « La nouvelle garantie légale de conformité est arrivée ! », *RDC* 2022/1, p. 71.

⁶⁸⁸ En cas de défaut de conformité grave, l'acquéreur peut désormais demander la résolution du contrat ou la réduction du prix (art. L. 217-14 C. conso.).

disposition qui vient tempérer ce droit à la mise en conformité, qui n'est qu'une forme d'exécution forcée, et le droit d'option reconnu au créancier est plus originale. En effet, l'article L. 217-12 du Code de la consommation prévoit que « [l]e vendeur peut ne pas procéder selon le choix opéré par le consommateur si la mise en conformité sollicitée est impossible ou entraîne des coûts disproportionnés au regard notamment : 1° De la valeur qu'aurait le bien en l'absence de défaut de conformité ; 2° De l'importance du défaut de conformité ; et 3° De la possibilité éventuelle d'opter pour l'autre choix sans inconvénient majeur pour le consommateur » (alinéa 1^{er}). *A priori*, la limite au droit d'option de l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation est simplement reformulée par le nouveau texte. A l'examen, le nouveau texte est original : d'un côté, il semble plus restrictif quant à la relativisation du droit d'option du créancier puisqu'il rajoute un facteur pour apprécier le caractère disproportionné du coût de la mesure sollicitée tout en liant tous les facteurs par la conjonction « et », là où l'ancien article L. 217-9 précité utilisait la conjonction « ou » ; d'un autre côté, il semble plus ouvert quant à l'appréciation du caractère disproportionné du coût par l'utilisation de l'adverbe « notamment » qui suggère que le juge pourra mobiliser d'autres facteurs non visés par le texte. Sans doute, entre ces deux tendances, c'est l'ouverture qui devrait l'emporter puisqu'elle précède l'autre dans la disposition.

351. Cette ouverture est-elle de nature à remettre en cause le constat fait au sujet de l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation et selon lequel il ne faut pas voir dans le contrôle consumériste la même logique que dans le contrôle de l'article 1221 du Code civil ? La réponse négative s'impose car la constante du contrôle consumériste est de confronter les deux modalités de la mise en conformité du bien défectueux, le remplacement ainsi que la réparation, et non pas l'intérêt et le coût de la mise en conformité. Pour trouver un écho du contrôle l'exécution forcée mentionné à l'article 1221 du Code civil, il faut envisager le deuxième alinéa de l'article L. 217-12 du Code de la consommation qui prévoit que « [l]e vendeur peut refuser la mise en conformité du bien si celle-ci est impossible ou entraîne des coûts disproportionnés notamment au regard des 1° et 2° [mentionnés au premier alinéa] ». Il n'est pas ici question de l'option entre la réparation et le remplacement, mais bien plutôt du principe même de la mise en conformité et donc de l'exécution forcée du contrat. Or, si les facteurs visés par le texte ne permettent pas d'opérer un rapprochement avec le contrôle de droit commun, l'utilisation de l'adverbe

« notamment » permet une nouvelle fois de placer l'appréciation judiciaire sous le sceau de l'ouverture. Il ne faut donc pas exclure que le juge, qui se demande si la mise en conformité présente un coût manifestement disproportionné, confronte l'intérêt de l'acquéreur pour cette mise en conformité et son coût pour le vendeur de bonne foi. La relation entre le texte consumériste et le contrôle de l'exécution forcée du droit commun est encore davantage mise en évidence dans le troisième alinéa qui dispose que « [l]orsque ces conditions ne sont pas respectées, le consommateur peut, après mise en demeure, poursuivre l'exécution forcée en nature de la solution initialement sollicitée, conformément aux articles 1221 et suivants du code civil ». L'articulation entre les deux dispositions, relevant du droit commun et du droit spécial, sera envisagée ultérieurement, à l'occasion de l'étude du régime du contrôle de l'exécution forcée⁶⁸⁹. Au-delà de la potentielle pénétration du contrôle de droit commun au sein du contrôle consumériste après l'ordonnance du 15 septembre 2021, le contrôle strictement consumériste antérieur à cette ordonnance demeure au premier alinéa de l'article L. 217-12 du Code de la consommation. Il en résulte la persistance du précédent de relativisation de la force obligatoire – du fait de la remise en cause de l'option entre les formes de mise en conformité – au nom de la recherche de l'efficacité économique.

352. Conclusion.- Le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil n'est pas le premier cas d'atteinte à la force obligatoire justifié par la recherche d'une plus grande efficacité économique, recherche envisagée comme une valeur reconnue par le système juridique. Le développement de l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution et le contrôle de la sanction *in specie* de la garantie de conformité constituent des précédents au recul ponctuel de la force obligatoire pour des raisons économiques. A chaque fois, la force obligatoire recule quand l'atteinte à la valeur est modérée et que des gains d'efficacité sont suffisamment probables.

353. Conclusion du paragraphe.- La recherche de l'efficacité économique peut-elle en général justifier une atteinte à la force obligatoire ? Les développements qui précèdent indiquent que cela est possible car la recherche de l'efficacité économique constitue un objectif du droit parmi d'autres. En tant que valeur reconnue par le système juridique, elle peut légitimement se confronter à la force obligatoire pour, le cas échéant,

⁶⁸⁹ V. *infra* n° 746 et s.

l'écarter. L'hypothèse est encore renforcée par l'observation d'exemples, parmi les sanctions de l'inexécution, de reculs de la force obligatoire face à la recherche d'efficacité économique. Il reste désormais à voir s'il en va de même dans le cadre de l'exécution forcée.

§2 LA JUSTIFICATION DE L'ATTEINTE A LA FORCE OBLIGATOIRE PAR LA RECHERCHE DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE EN MATIERE D'EXECUTION FORCEE

354. Reconnaissant que la recherche de l'efficacité économique est l'un des objectifs du droit, le législateur admet *en général* qu'elle puisse justifier une atteinte à la force obligatoire du contrat. Toutefois, encore faut-il que l'atteinte en cause soit effectivement accompagnée de gains d'efficacité et qu'elle ne soit pas démesurée. Le raisonnement n'est pas différent *en matière d'exécution forcée*. En effet, à considérer l'article 1221 du Code civil – siège des règles relatives à la sanction *in specie* – il semble bien que le législateur ait apprécié à la fois les gains d'efficacité et l'atteinte à la force obligatoire qu'auraient engendrés la consécration d'un contrôle de la disproportion manifeste et la remise en cause systématique de la primauté de l'exécution forcée. Or le raisonnement ainsi mené par le législateur aboutit à deux conclusions divergentes. D'un côté, la recherche de l'efficacité économique paraît être à même de fournir une justification au contrôle de la disproportion manifeste (**A**), ce qui explique sa consécration. D'un autre côté, la recherche de l'efficacité économique ne semble pas être capable de fournir une justification à la remise en cause systématique de la primauté de l'exécution forcée (**B**), ce qui explique que l'article 1221 du Code civil ne confie pas au juge un pouvoir d'appréciation plus important. Ce sont les jalons de ce raisonnement législatif qu'il s'agit ici de présenter.

A) LA JUSTIFICATION DU CONTROLE DE LA DISPROPORTION MANIFESTE DE L'EXECUTION FORCEE

355. Le législateur a saisi l'occasion de la réforme du droit des contrats pour consacrer un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée tout en étant

conscient que cette relativisation du droit à l'exécution forcée engendrait une atteinte à la force obligatoire du contrat. Autrement dit, cette consécration repose sur un choix de politique juridique : pour les auteurs de la réforme, l'atteinte à la force obligatoire se trouve justifiée par la recherche de l'efficacité économique de la sanction *in specie*. Il a ainsi été considéré que la réalité des gains d'efficacité économique (1) l'emportait sur l'atteinte modérée à la force obligatoire (2).

1) La réalité des gains d'efficacité économique

356. Caractère pratique des gains d'efficacité économique engendrés par le contrôle de l'exécution forcée. Certains enseignements économiques ont montré que la nouvelle exception à l'exécution forcée contribue à l'efficience de la sanction *in specie*⁶⁹⁰. Or, diverses critiques dirigées contre l'analyse économique du droit ont mis en évidence le caractère abstrait, voire artificiel, des conclusions dégagées à partir de cette analyse⁶⁹¹. Si ces critiques combattent opportunément les excès d'une analyse juridique qui ne ferait qu'enregistrer les préceptes économiques, il ne faudrait pas qu'elles amènent le juriste à tomber dans l'excès inverse et à déconsidérer toute réflexion entretenant une certaine proximité avec lesdits préceptes. Cet avertissement vaut particulièrement dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car l'idée qu'il participe de l'efficience procède d'une forme de « bon sens » économique.

357. Une telle affirmation résulte essentiellement du fait que l'approche théorique a été précédée d'une approche pratique⁶⁹². Reposant sur l'observation concrète de diverses situations, cette dernière approche a permis de mettre en évidence l'effet du contrôle lorsque le juge décide d'écarter l'exécution forcée manifestement disproportionnée : éviter le gaspillage des ressources économiques du débiteur. L'analyse économique du droit ne convoque donc pas ici au soutien de sa démonstration des éléments modélisés à l'extrême ou une réflexion déconnectée de la réalité, mais bien plutôt des éléments qui peuvent faire l'objet d'une certaine assise factuelle.

⁶⁹⁰ V. *supra* n° 298 et s.

⁶⁹¹ V. *supra* n° 330 et s.

⁶⁹² V. *supra* n° 273 et s.

358. Cette prise avec le réel concerne également la valeur instrumentale attachée à l'efficacité économique. En effet, il est fort probable que le fait d'éviter le gaspillage des ressources du débiteur contribue concrètement à l'augmentation des richesses et, partant, au bien-être général des individus. Le propos peut être illustré en reprenant l'exemple jurisprudentiel de l'annexe du chalet qui, en application du droit antérieur à la réforme du droit des contrats, a dû faire l'objet d'une destruction pour être reconstruite⁶⁹³. Si la même situation se présentait au lendemain de la réforme, il n'est pas exclu que la demande du créancier soit rejetée en application du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Le débiteur qui n'aura pas à consommer son profit et à utiliser ses réserves pour financer la sanction particulièrement onéreuse pourra alors remployer ses ressources dans d'autres activités créatrices de richesses qui pourront profiter à d'autres opérateurs plus ou moins directement. Dans les deux décisions récentes faisant une application anticipée du contrôle de l'article 1221 du Code civil, il est certain que les débiteurs – des SCI – qui n'auront pas à supporter le coût de la destruction des immeubles litigieux pour remployer leurs ressources pour d'autres projets immobiliers et, ce faisant, créer des richesses pour d'autres opérateurs économiques. Ainsi, alors que l'absolutisme de l'exécution forcée constitue un jeu à somme nulle pour les opérateurs économiques extérieurs à la relation contractuelle litigieuse⁶⁹⁴, le relativisme de l'exécution forcée selon les termes de l'article 1221 du Code civil est opportun pour ces opérateurs qui bénéficient du remploi des ressources du débiteur.

359. En définitive, la dimension pratique des gains d'efficacité engendrés par le contrôle de l'exécution forcée a sans doute conforté le législateur dans sa réflexion quant à la relativisation de la force obligatoire du contrat ; il en irait différemment si ces gains d'efficacité reposaient seulement sur des projections extrêmement abstraites. Toutefois, cette relativisation ne repose pas sur la seule démonstration de l'existence des gains d'efficacité. Encore faut-il que l'atteinte à la force obligatoire soit modérée par rapport à ces gains.

⁶⁹³ V. *supra* n° 275.

⁶⁹⁴ V. *supra* n° 295

2) L'atteinte modérée à la force obligatoire du contrat

360. Raisons du caractère modéré de l'atteinte à la force obligatoire : exclusion de la seule exécution forcée présentant un faible intérêt, place centrale de la prestation dans le régime du contrôle et prise en compte de la bonne foi du débiteur.-

Il peut être surprenant de soutenir que l'exclusion de l'exécution forcée constitue une atteinte « modérée » à la force obligatoire du contrat. *A priori*, cette force obligatoire est une valeur qui est respectée ou qui ne l'est pas ; elle ne laisse pas la place à une forme de gradation des atteintes. Or l'exclusion de l'exécution forcée dans le cadre du nouveau pouvoir judiciaire laisse à penser que cette force obligatoire n'est pas respectée.

361. En vérité, les développements relatifs à l'unilatéralisme des sanctions et à la garantie de conformité du droit de la consommation ont démontré qu'une atteinte modérée était possible⁶⁹⁵. Quant à l'unilatéralisme des sanctions, la modération vient du fait que l'atteinte à la force obligatoire est temporaire et qu'il est toujours possible de saisir le juge pour contester le principe ou les modalités de la sanction pour revenir à une certaine force obligatoire. Quant à la garantie légale de conformité, en dehors des cas où il s'agit de traduire le contrôle du droit commun, la modération vient du fait que le rejet de la prétention du consommateur lui permet malgré tout d'obtenir une autre forme d'exécution *in specie* du contrat, laquelle est en grande partie respectueuse de la force obligatoire.

362. *Quid* de la modération de l'atteinte dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée ? Il faut bien admettre que les rédacteurs de la réforme ont opéré un saut qualitatif quant à la conception de la modération retenue. Pour eux, la modération vient d'abord du fait que seule l'exécution forcée – et corrélativement la force obligatoire – présentant un faible intérêt pour le créancier peut être écartée. Le propos doit être précisé et se complexifie car l'intérêt dont il est question n'est pas faible *en soi*, mais *relativement* au coût de l'exécution forcée pour le débiteur. Il est donc possible qu'une atteinte à la force obligatoire soit considérée comme étant modérée alors même que le créancier dispose dans l'absolu d'un intérêt important pour elle et donc la prestation promise⁶⁹⁶. La modération

⁶⁹⁵ V. *supra* n° 336 et s.

⁶⁹⁶ La modération pourrait se prolonger au stade de la détermination du seuil de la disproportion manifeste, celui-ci pouvant être fixé par le juge en considération de l'intérêt absolu du créancier pour l'exécution forcée (v. *infra* n° 614 et s.).

procède ensuite du fait que la prestation promise constitue un aspect fondamental du contrôle opéré par le juge : c'est elle qui permet de mesurer l'intérêt du créancier, cet intérêt faisant écho à tous les avantages directs et indirects que le créancier place dans la prestation. Faire de la prestation un aspect central, si ce n'est crucial, du contrôle permet de tempérer l'idée d'une parfaite déconsidération de la force obligatoire. L'atteinte à la force obligatoire peut enfin être jugée de modérée dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée dans la mesure où l'article 1221 du Code civil exclut le jeu de l'exception en cas de mauvaise foi du débiteur et donc d'inexécution volontaire du contrat⁶⁹⁷. Ne pas admettre cette exclusion et autoriser qu'un débiteur qui commet une faute lucrative bénéficie de la nouvelle exception aurait constituer une atteinte significative à la force obligatoire puisque le débiteur aurait pu se défaire de son engagement sans s'exposer à un traitement particulier.

363. En définitive, à suivre le raisonnement des auteurs de la réforme du droit des contrats, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée entraîne bien une atteinte modérée à la force obligatoire.

364. Conclusion.- Les auteurs de la réforme ont relativisé la force obligatoire du contrat en consacrant le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cette consécration s'explique moins par un raisonnement logique ou technique qui s'imposerait à l'esprit que par une décision d'ordre politique reposant sur le constat que ce contrôle engendre des gains d'efficacité et une atteinte modérée à la force obligatoire. Cette dernière remarque n'est en rien négative, tant la question des contours de l'exécution forcée s'avère être une question de politique juridique. Le jugement en opportunité porté sur la relativisation de l'exécution forcée repose donc sur la propension de l'observateur à admettre une atteinte à la force obligatoire au nom de l'efficacité économique et à reconnaître une certaine justesse aux analyses allant dans le sens des gains d'efficacité engendrés par le contrôle de l'article 1221. Or, comme cela a été suggéré plus tôt⁶⁹⁸, la présente thèse considère qu'il faut effectivement reconnaître cette justesse et donc – avec les auteurs de la réforme du droit des contrats – conclure à l'opportunité du contrôle de la disproportion manifeste en tant qu'exception au droit à l'exécution forcée.

⁶⁹⁷ V. *infra* n° 826 et s.

⁶⁹⁸ V. *supra* n° 332.

B) L'ABSENCE DE JUSTIFICATION D'UNE REMISE EN CAUSE SYSTEMATIQUE DE LA PRIMAUTE DE L'EXECUTION FORCEE

365. Le législateur aurait pu se saisir de la réforme du droit des contrats pour aller au-delà du seul contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et rompre avec la primauté reconnue en droit français à la sanction *in specie* de l'inexécution. S'il a refusé de le faire, c'est de nouveau en suivant un raisonnement qui confronte les gains d'efficacité à l'atteinte à la force obligatoire engendrés par la mesure envisagée. Alors que ce raisonnement aboutit à l'opportunité – et donc à la consécration – du contrôle de la disproportion manifeste, il semble qu'il aboutisse à l'inopportunité de la remise en cause systématique de la primauté de l'exécution forcée. La conclusion n'est pas surprenante : l'atteinte à la force obligatoire d'une telle remise en cause est tout sauf modérée puisqu'elle déclasserait l'exécution forcée de son rang de sanction de principe, et les gains d'efficacité sont quant à eux très incertains. L'incertitude des gains d'efficacité mérite d'être seule explicitée ici car il est souvent indiqué que les enseignements économiques s'accordent sur l'inefficience de la primauté de l'exécution forcée. En vérité, il est à la fois des arguments économiques en faveur de l'inefficience (1) et de l'efficience (2) de la primauté de l'exécution forcée de sorte qu'il est impossible de conclure avec une quelconque certitude à l'existence de gains d'efficacité en cas de remise en cause de la primauté de l'exécution forcée. Pour cette raison, il aurait été inopportun de remettre en cause le droit à l'exécution forcée du créancier victime de l'inexécution.

1) Les arguments en faveur de l'inefficience de la primauté de l'exécution forcée

366. L'ensemble du droit des contrats d'outre-Atlantique ayant été scruté par l'analyse économique du droit, il n'est pas surprenant que la question de l'efficacité de l'exécution forcée ait fait l'objet d'écrits importants par les plumes majeures de la

matière⁶⁹⁹, même si l'intérêt pour la question semble moins important aujourd'hui⁷⁰⁰. Certains auteurs américains ont entendu démontrer que la primauté de l'exécution forcée, et donc le droit d'option confié au créancier en cas d'inexécution, est inefficace. Un tel jugement assurerait encore davantage la position des droits relevant de la tradition de *Common law* qui rejettent cette primauté⁷⁰¹. L'inefficacité économique de la primauté de l'exécution forcée serait due aux coûts des négociations et de surveillance qu'elle entraînerait.

367. Coûts de négociation et primauté de l'exécution forcée.- Faire de l'exécution forcée la sanction de principe serait inefficace au regard des coûts de négociation que la mesure entraînerait. La critique repose sur la notion centrale de coûts de transaction⁷⁰². Représente un coût de transaction toute dépense rendue nécessaire par la participation au marché ou tout échange économique, par exemple les coûts liés à la recherche de partenaires, à la négociation d'un contrat ou encore à la surveillance de sa bonne exécution. Or, dans une logique d'efficacité économique, il importe de réduire au maximum ces coûts qui viennent amputer d'autant le montant des richesses créées ; il s'agit une nouvelle fois d'éviter le gaspillage des ressources des contractants. D'aucuns considèrent que la répartition entre exécution forcée et dommages-intérêts telle que pratiquée dans les systèmes juridiques de *Common law* est efficace en ce qu'elle permettrait d'éviter les coûts de transaction liés aux négociations.

⁶⁹⁹ V. not. A. T. Kronman, « Specific Performance », (1978) 45 *U. Chi. L. Rev.* 251 ; A. Schwartz, « The Case for Specific Performance », (1979) 89 *Yale L.J.* 271 ; P. Linzer, « On the Amoralité of Contract Remedies – Efficiency, Equity and the Second Restatement », (1981) 81 *Colum. L. Rev.* 111 ; E. Yorio, « In Defense of Money Damages for Breach of Contract », (1982) 82 *Colum. L. Rev.* 1365 ; T. J. Muris, « The Costs of Freely Granting Specific Performance », (1982) 1982 *Duke L.J.* 1053 ; T. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified System of Contract Remedies », (1984) 83 *Mich. L. Rev.* 341 ; W. Bishop « The Choice of Remedy for Breach of Contract », (1985) 14 *J. Legal Stud.* 299 ; M. A. Eisenberg, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », (2005) 93 *Calif. L. Rev.* 975 ; S. Shavell, « Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis », (2006) 84 *Tex. L. Rev.* 831.

⁷⁰⁰ Le désintérêt contemporain peut trouver une justification dans le fait que les nombreuses contributions à ce débat ont épuisé la question et dans le fait, signalé plus tôt (v. *supra* n° 330), que les jugements en termes d'efficacité économique soient moins fréquents en raison du recul de l'intérêt de la question de l'efficacité en elle-même.

⁷⁰¹ V. *supra* n° 174 et s.

⁷⁰² V. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 321 et s., p. 419 et s.

368. La première de ces négociations, particulièrement examinée par M. Kronman dans un article remarqué⁷⁰³, est celle qui intervient au moment de la conclusion du contrat. L’auteur part de l’hypothèse où il reviendrait aux parties de fixer elles-mêmes la sanction – exécution forcée ou dommages-intérêts – à appliquer en cas d’inexécution du contrat. Or, relève-t-il, ce n’est que dans l’hypothèse où le bien ou la prestation est unique que les parties entendent intégrer dans l’accord une clause d’exécution forcée au regard des risques de mauvaise compensation des dommages-intérêts alloués. Lorsque la prestation n’est pas unique, en revanche, les parties n’insisteront pas pour l’intégration d’une clause d’exécution forcée car la compensation pécuniaire leur semblera satisfaisante quant à son évaluation et quant à la possibilité de trouver un substitut sur le marché. Ainsi, il semblerait bien que « le *uniqueness test* reflète la solution typique que les parties au contrat prévoiraient pour elles-mêmes à la lumière de leurs intérêts *ex ante* »⁷⁰⁴. Ce constat implique que si les juges venaient à renoncer au test précité, les parties l’appliqueraient elles-mêmes au cours de leur négociation, en intégrant le cas échéant des clauses relatives aux sanctions en cas d’inexécution, ce qui entraînerait des coûts par hypothèse évités à l’heure actuelle.

369. La seconde de ces négociations est celle qui intervient après l’inexécution du contrat⁷⁰⁵. Il est en effet probable que le créancier à la fois victime de l’inexécution et maître de la sanction à prononcer se tourne vers le débiteur pour négocier avec lui le recours aux dommages-intérêts plutôt qu’à l’exécution forcée. Le débiteur aura alors tout intérêt à accéder à cette demande dans la mesure du profit qu’il entend réaliser du fait de l’inexécution, notamment s’il ne respecte pas le contrat initial afin de rentrer dans une relation contractuelle plus rétributive avec un tiers⁷⁰⁶. Dans une perspective économique, cette situation n’est guère satisfaisante puisque les coûts engendrés par ces négociations ne

⁷⁰³ A. T. Kronman, « Specific Performance », préc., spéc. p. 365 et s.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 369.

⁷⁰⁵ Pour un exposé de l’argument, v. A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 284 et s.

⁷⁰⁶ M. Schwartz donne l’exemple suivant : un acheteur (A1) conclut un contrat avec un vendeur (V) pour acheter un gadget pour 100\$ et, à cause d’un déséquilibre ponctuel du marché, un second acheteur (A2) conclut un contrat avec (V) pour l’achat du même gadget à 130\$. Après la date du contrat – mais avant la date de livraison du contrat A1-V – le prix du marché décline jusqu’à 115\$ et demeure à ce niveau. Si A1 a le droit de demander l’exécution forcée dans cette hypothèse, il a un levier de négociation avec (V). (A1) utilisera sans doute ce levier pour forcer (V) à partager une partie du profit que (V) tirera de son contrat avec (A2). (A1) pourrait exiger l’exécution forcée à moins, par exemple, que (V) lui paye 20\$ (15\$ en dommages-intérêts et une prime de 5\$).

servent qu'à redistribuer des richesses entre le créancier et le débiteur sans en créer de nouvelles ; il y aurait ici une « perte sèche d'efficience »⁷⁰⁷. De même, il est possible que les négociations entreprises dégénèrent en extorsion de la part du créancier adoptant un comportement opportuniste⁷⁰⁸. La défaveur traditionnelle pour l'exécution forcée serait donc efficiente en ce qu'elle fermerait la porte à toute négociation postérieure à l'inexécution du contrat, d'autant plus que ces négociations intervenant dans le cadre d'un monopole bilatéral, c'est-à-dire forcément entre deux personnes, sont particulièrement coûteuses⁷⁰⁹.

370. Coûts de surveillance et primauté de l'exécution forcée.- Faire de l'exécution forcée la sanction de principe serait inefficace au regard des coûts liés à la mise en œuvre de la sanction. La rédaction comme le contrôle de la bonne exécution de la décision imposant l'exécution forcée – assurés par les tribunaux dans les systèmes de *Common law* – représenteraient des coûts permettant de conclure à l'inefficience de la mesure⁷¹⁰. Il faut ajouter à ces coûts procéduraux tenant au prononcé de la sanction, les éventuels coûts qui accompagneraient sa mauvaise exécution par le débiteur⁷¹¹.

2) Les arguments en faveur de l'efficacité économique de la primauté de l'exécution forcée

371. Critique de l'hypothèse d'inefficience de la primauté de l'exécution forcée.- Face aux accusations d'inefficience dirigées contre la primauté de l'exécution forcée, une résistance s'est organisée et s'est d'abord employée à critiquer l'hypothèse d'inefficience de la primauté de l'exécution forcée. Dans une étude remarquable⁷¹², M. Schwartz a plaidé en faveur de l'efficacité économique de l'exécution forcée *in specie*, dans la mesure où cette sanction n'entraînerait pas en réalité une augmentation des coûts de transaction liés à

⁷⁰⁷ A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., p. 285.

⁷⁰⁸ M. A. Eisenberg, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », préc., spéc. p. 1025 et s.

⁷⁰⁹ W. Bishop, « The Choice of Remedy for Breach of Contract », préc., spéc. p. 312 et s.

⁷¹⁰ M. A. Eisenberg, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », préc., spéc. p. 1019 et s.

⁷¹¹ Rappr. S. Pellet, « Sanction de la violation d'une promesse unilatérale de contrat : l'épilogue ? », *RDC* 2020/1, p. 20, spéc. n° 5, qui évoque les coûts liés à la liquidation de l'astreinte accompagnant éventuellement la condamnation à exécuter en nature l'obligation.

⁷¹² A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 278 et s. *Adde* T. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified System of Contract Remedies », préc.

des négociations. Concernant les négociations se tenant au moment de la formation du contrat, M. Schwartz remet en question l’assertion de M. Kronman selon laquelle la solution habituelle des droits de *Common law* reflète déjà les intérêts et volontés des parties au contrat. Selon M. Kronman, les parties s’accorderont sur une clause d’exécution forcée si le bénéfice que place le créancier dans une telle stipulation excède son coût pour le débiteur. Or pour M. Schwartz, et contrairement aux idées reçues, il ne serait pas évident que pour les biens et prestations uniques les parties s’accordent sur une clause d’exécution forcée : le débiteur pourrait bien vouloir échapper à une condamnation en nature dans l’hypothèse où une modification inattendue du marché lui permettrait de recevoir une offre plus profitable par ailleurs⁷¹³ ; le créancier pourrait quant à lui s’éloigner de toute clause d’exécution forcée, soit qu’il redoute que le bien en possession du débiteur soit endommagé pendant l’instance, soit qu’il envisage que les dommages-intérêts obtenus *in fine* dépassent la compensation initialement espérée⁷¹⁴. De même, lorsque le bien ou la prestation en cause n’est pas unique, il faudrait admettre que le créancier n’a pas de raison de s’opposer à l’exécution forcée dans la mesure où il est plus à même d’étendre la production sans craindre de ne pas trouver d’autres partenaires⁷¹⁵. Ainsi, pour M. Schwartz, il serait erroné de voir dans le « *uniqueness test* » un simple reflet de la volonté des parties et, partant, il serait tout aussi erroné de croire que les règles appliquées par les juges des systèmes de *Common law* permettent d’éviter les coûts de négociation⁷¹⁶. Cela serait d’autant plus vrai lorsque sont observées les hypothèses où l’exécution forcée est actuellement possible et que ces hypothèses ne renvoient pas nécessairement à l’idée d’unicité de la prestation ou du bien⁷¹⁷. Concernant les négociations qui suivent l’inexécution du contrat, M. Schwartz estime également que la démonstration mettant en cause l’exécution forcée est incomplète⁷¹⁸. Est-ce que le fait que le créancier puisse opter pour cette dernière sanction aboutit forcément à des négociations coûteuses ? Rien n’est moins certain selon

⁷¹³ A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 280 et s. Comp. M. Eisenberg, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », préc., spéc. p. 1378, qui soutient que le contractant ne pourrait demander l’insertion d’une telle clause par peur du message qu’elle adresserait au marché sur sa fiabilité. L’argument est critiquable car il est difficile de voir en quoi l’insertion d’une clause relative au risque d’inexécution est en soi mal vue ; la gestion du risque contractuel est naturelle.

⁷¹⁴ A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 283.

⁷¹⁵ *Ibid.*, spéc. p. 282 et s.

⁷¹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 284.

⁷¹⁷ T. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified System of Contract Remedies », préc., 373.

⁷¹⁸ A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 284 et s.

M. Schwartz qui considère qu'est négligée l'hypothèse où le débiteur aurait accès au marché au même coût que le créancier, de sorte qu'il pourrait à la fois honorer son engagement auprès du débiteur et celui auprès du tiers avec qui un autre contrat aurait été conclu⁷¹⁹. Ainsi, il s'ensuit qu'étendre le champ d'application de l'exécution forcée ne générerait pas des coûts de négociations postérieures à l'inexécution plus importants que ceux constatés en matière de compensation pécuniaire⁷²⁰. Plus encore, si des négociations devaient avoir lieu, on a pu remarquer que celles-ci pouvaient ne pas être si coûteuses dans la mesure où les parties prenantes se connaissent déjà⁷²¹.

372. Démonstration des gains d'efficacité attachés à la primauté de l'exécution forcée.- Dans son article, M. Schwartz entend démontrer l'existence de gains d'efficience en évoquant divers points rejoignant, pour certains, les arguments avancés par les juristes, notamment français, qui plaident en faveur d'une primauté de l'exécution forcée. L'auteur évoque d'abord le fait que l'octroi spontané de l'exécution forcée conduit à éviter nombre d'hypothèses où la compensation pécuniaire ne permet pas d'assurer la protection de l'intérêt positif du créancier⁷²². Pour ne pas être particulièrement original⁷²³, ce constat évoque le fait que l'exécution forcée est la sanction qui permet de satisfaire le plus substantiellement le créancier qui est la personne la plus à même d'apprécier le caractère adéquat des dommages-intérêts⁷²⁴. L'assertion repose sur certaines études ayant démontré que les parties favoriseraient l'exécution forcée par rapport aux dommages-intérêts⁷²⁵, et que la première sanction était de nature à encourager les investissements des parties dans

⁷¹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 286 et s. Si on reprend l'exemple évoqué *supra* entre (V), (A1) et (A2) : si (A1) entend exiger l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, il suffira à V de trouver un substitut sur le marché afin de remplir son engagement envers (A2) ; ainsi trois contrats auront lieu sans que des coûts de transaction liés à la négociation suivant l'inexécution existent. Comp. M. A. Eisenberg, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », préc., spéc. p. 1384 qui soutient que le débiteur n'a pas nécessairement l'habitude d'évoluer dans cette position dans le marché et peut donc faire face à des coûts de transaction.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 287.

⁷²¹ T. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance : Toward a Unified System of Contract Remedies », préc., spéc. p. 379 et s.

⁷²² A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 274 et s.

⁷²³ V. par ex. M. A. Eisenberg, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », préc., spéc. p. 989 et s.

⁷²⁴ A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 277.

⁷²⁵ S. Shavell, « Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis », préc., p. 875.

leurs relations contractuelles⁷²⁶. Il est ainsi retrouvé ici le raisonnement de certains auteurs français qui voient dans la primauté de l'exécution forcée un outil de sécurisation des engagements contractuels, évitant que les comportements opportunistes des uns empêchent les autres d'honorer des contrats par ailleurs souscrits avec une sorte d'effet domino. Or en tant que levier d'investissement des parties dans les relations contractuelles, la primauté de l'exécution forcée contribue à une certaine efficacité productive. En somme, pour M. Schwartz, confier une primauté à l'exécution forcée produirait certains gains d'efficacité : « cela minimiserait les inefficiences liées à la sous-compensation, réduirait le besoin de clauses fixant le montant des dommages-intérêts à verser, minimiserait les comportements stratégiques, et économiserait les coûts de contentieux impliquant des questions complexes liées aux dommages-intérêts »⁷²⁷.

373. Conclusion.- « L'analyse économique de l'exécution forcée et de ses mérites en comparaison aux dommages-intérêts [étant] peut-être l'aspect le plus controversé de la théorie économique des remèdes à l'inexécution du contrat »⁷²⁸, « [l]a division entre les juristes suggère que [ce] problème [est] susceptible de rester sans solution »⁷²⁹. Cela est d'autant plus vrai que les arguments évoqués dans le débat n'ont pas fait l'objet, pour la plupart d'entre eux, d'une quelconque vérification empirique. Surtout, les développements relatifs aux coûts de transaction engendrés par les négociations illustrent sans aucun doute ces démonstrations de l'analyse économique du droit qui reposent sur des éléments factuels modélisés à l'extrême et pour lesquels aucune observation pratique n'est sérieusement envisageable. Dans ces conditions, la primauté de l'exécution forcée ne peut pas avec assurance être considérée comme inefficace. Il en ressort, que les auteurs de la réforme du droit des contrats ont mené à propos de l'article 1221 du Code civil un raisonnement qu'il s'agit d'approuver : face à l'atteinte

⁷²⁶ Sur les différentes études empiriques menées sur cette question, v. not. T. Eisenberg et G. P. Miller, « Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts », (2015) 12 *Journal of Empirical Studies* 29, spéc. p. 41.

⁷²⁷ A. Schwartz, « The Case for Specific performance », préc., spéc. p. 291. *Adde*, sur les économies de mise en oeuvre de sanctions, T. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified System of Contract Remedies », préc., spéc. p. 383.

⁷²⁸ L. A. Kornhauser, « An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies », (1985-1986) 57 *U. Colo. L. Rev.* 683, p. 711.

⁷²⁹ E. Yorio et S. Thel, *Contract Enforcement: Specific performance and injunctions*, *op. cit.*, n° 1.4.4. Même à l'issue de son étude clairement en faveur de l'exécution forcée, M. Ulen admet que sa conclusion n'était pas définitive et qu'il « serait excessivement précipité de réformer le droit avant de voir si cette hypothèse [de l'efficacité de l'exécution forcée] résiste à une confrontation avec les faits pertinents » (T. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified System of Contract Remedies », préc., spéc. p. 402).

substantielle de la force obligatoire qui irait de pair avec une remise en cause systématique de la primauté de l'exécution forcée, il n'est pas de réels gains en termes d'efficacité économique. Le choix politique qui consiste à dire qu'il est plus opportun de conserver une primauté de la sanction *in specie* doit donc être salué.

374. Conclusion du paragraphe.- Si la recherche de l'efficacité économique est de nature à justifier une atteinte à la force obligatoire en général, peut-elle le faire en matière d'exécution forcée ? L'article 1221 du Code civil semble répondre par l'affirmative et accepter les prémices de ce raisonnement, quoiqu'en proposant deux manifestations bien différentes de cette adhésion. Les gains d'efficacité économique accompagnant le contrôle de la disproportion manifeste de la sanction étant démontrés, la force obligatoire dont l'atteinte est relativement modérée peut céder et admettre cette remise en cause ponctuelle du droit à l'exécution forcée. En revanche, les gains d'efficacité économique accompagnant la remise en cause systématique de la primauté de l'exécution forcée n'étant pas démontrés, il semble impossible que la recherche d'efficacité justifie un hypothétique abandon du droit d'option reconnu au créancier victime de l'inexécution. L'article 1221 du Code civil n'est donc pas le lieu de la prise de pouvoir de l'efficacité économique. Bien plus modestement, il s'agit du lieu de l'intégration de cette valeur qu'est la recherche d'efficience et sa confrontation ponctuelle avec cette autre valeur qu'est le respect de la force obligatoire.

375. Conclusion de la section.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée vise à promouvoir l'efficacité économique de la sanction en évitant, en pratique, un gaspillage des ressources du débiteur. Cette recherche d'une plus grande efficacité économique justifie par ailleurs l'atteinte à la force obligatoire du contrat engendrée par le contrôle de l'article 1221 du Code civil. La capacité justificative de la recherche précitée s'explique par le fait que l'efficience compte parmi les objectifs du droit et constitue ainsi une valeur reconnue en général par le système juridique. Une telle reconnaissance repose sur le constat qu'une augmentation des richesses est de nature à augmenter le bien-être général des individus. Néanmoins, comme l'efficacité économique du droit ne saurait être le seul objectif du droit, un débat doit s'engager avec les autres objectifs et valeurs reconnus par le système juridique. L'article 1221 du Code civil est bien le siège de ce débat concernant l'exécution forcée puisqu'il admet de faire échec à la force obligatoire seulement quand des arguments économiques valides sont avancés et que l'atteinte à la force obligatoire est dans une certaine mesure modérée.

376. Conclusion du chapitre.- La consécration du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée par la réforme du droit des contrats et son application par les juges permettent de porter un jugement d'ordre économique sur la demande formulée par le créancier.

377. La finalité identifiée du contrôle est ainsi la lutte contre le gaspillage des ressources du débiteur, c'est-à-dire leur utilisation sans qu'en résulte un profit entretenant une certaine équivalence avec elles. À cette approche pratique de la finalité du contrôle s'ajoute également une approche plus théorique, partant du constat de la lutte contre le gaspillage des ressources pour arriver à la recherche d'une plus grande efficacité économique. L'analyse économique du droit permet en effet de conférer une autre dimension à l'observation pratique de la mise en œuvre du contrôle de l'article 1221 du Code civil et, partant, d'affiner sa finalité.

378. Au-delà, l'analyse économique du droit n'envisage pas l'efficacité économique de manière neutre, mais bien plutôt comme une valeur particulière qui laisse à penser que la logique économique du contrôle ne participe pas seulement de l'identification de sa finalité. En effet, cet aspect permet également de mener à son terme le débat sur l'opportunité de la relativisation de l'exécution forcée. Il était seulement possible de conclure à l'opportunité de cette relativisation si la remise en cause de la force obligatoire du contrat qu'elle engendre est justifiée par l'intervention d'une autre valeur reconnue par le système juridique. Or, il semble bien que l'efficacité économique, en tant qu'objectif du droit parmi d'autres, puisse tenir ce rôle de valeur justificative comme l'ont montré divers précédents. Il est ainsi tout à fait possible de conclure, avec les rédacteurs de la réforme du droit des contrats, à l'opportunité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car ce contrôle produit des gains d'efficacité économique suffisants pour justifier une atteinte modérée à la force obligatoire.

379. La rencontre entre les considérations d'ordre économique et la nouvelle exception à l'exécution forcée a permis de montrer que cette dernière avait une finalité économique. Cette conclusion n'empêche pas de rechercher si le contrôle de l'article 1221 du Code civil

poursuit une autre finalité, d'ordre moral. À l'examen, toutefois, il semble nécessaire de réfuter l'idée d'une finalité morale de la nouvelle exception.

CHAPITRE 2 : LA REFUTATION DE LA FINALITE MORALE DU CONTROLE

380. Si *les termes* du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, tels qu'ils ont été identifiés, sont de nature à lui confier une résonance économique, le *principe* même du contrôle peut mettre le commentateur sur une piste complémentaire. L'idée de soumettre à l'examen du juge la volonté du créancier n'est pas en soi originale : le droit des contrats compte de nombreuses hypothèses de contrôle du comportement des parties. Pour nombre d'entre elles, il s'agit de promouvoir une certaine morale au sein de la relation contractuelle. Partant, il est possible de poser la question de la poursuite de cette finalité morale par le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Encore faut-il préciser que les lignes qui suivent ont trait à la moralité du créancier de l'obligation qui demande l'exécution forcée et non pas à celle du débiteur qui doit être de bonne foi pour demander l'exercice du contrôle de la disproportion manifeste⁷³⁰. Le contrôle de l'exécution forcée évoqué à l'article 1221 du Code civil vise-t-il à sanctionner l'immoralité du créancier qui demande une exécution forcée manifestement disproportionnée ? La réponse négative semble devoir s'imposer à la suite de sa confrontation avec ces vecteurs de morale au sein du contrat que sont la bonne foi et la théorie de l'abus de droit. En effet, l'absence de contrariété de l'exécution forcée manifestement disproportionnée avec l'exigence de bonne foi (**Section 1**) se double d'une absence de filiation entre le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée avec la théorie de l'abus de droit (**Section 2**).

⁷³⁰ La question de la bonne foi du débiteur dans le cadre de l'article 1221 du Code civil relève davantage du régime du contrôle que de son identité. V. *infra* n° 826 et s.

SECTION 1 : L'ABSENCE DE CONTRARIÉTÉ DE L'EXÉCUTION FORCÉE MANIFESTEMENT DISPROPORTIONNÉE AVEC L'EXIGENCE DE BONNE FOI

381. L'idée que le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée permette de sanctionner la mauvaise foi du créancier s'explique par le fait qu'il s'agit là d'une finalité traditionnellement avancée au soutien du contrôle du comportement des contractants (§1). Force est toutefois de constater que, à bien des égards, le contrôle de l'article 1221 du Code civil s'éloigne des contrôles judiciaires visant à apprécier la bonne foi du créancier. En effet, une analyse plus fine de l'exigence de bonne foi permet de montrer que le créancier qui demande l'exécution forcée manifestement disproportionnée est nécessairement de bonne foi (§2).

§1 UNE FINALITÉ TRADITIONNELLE DU CONTRÔLE DU COMPORTEMENT DES CONTRACTANTS

382. S'il est envisageable que le contrôle de l'exécution forcée vise à promouvoir l'exigence de bonne foi, c'est que cette dernière s'est imposée comme une finalité incontournable du contrôle du comportement des contractants (A), et ce pendant toute la vie du contrat (B).

A) L'EXIGENCE DE BONNE FOI : FINALITÉ INCONTOURNABLE DU CONTRÔLE DU COMPORTEMENT DES CONTRACTANTS

383. La bonne foi est mobilisée pour expliquer une multitude de règles en matière contractuelle, lesquelles s'articulent autour de missions qui ne sont pas nécessairement convergentes. Il est nécessaire d'exposer sommairement ces missions afin de déterminer, ultérieurement, à laquelle le contrôle de l'exécution forcée pourrait potentiellement être rattachée. Or si la bonne foi semble historiquement nourrir l'interprétation du contrat (1), elle a plus récemment guidé le contrôle du comportement des contractants (2).

1) La bonne foi et l'interprétation du contrat

384. Interprétation du contrat *stricto sensu*.- Dès son apparition, la bonne foi est liée à la question de l'interprétation des contrats et à la détermination des obligations qui pèsent sur les parties. A Rome, la notion est à l'origine d'une distinction entre les contrats de droit strict – *stricti juris* – et les contrats de bonne foi – *bonae fidei* – mobilisée par les juges qui interprètent les actes litigieux, les contours des contrats de bonne foi pouvant le cas échéant être modulés par les juges si l'équité le commandait⁷³¹. Plus encore, selon une lecture classique, c'est à cause de cette distinction romaine que la bonne foi a fait irruption dans le Code civil, au troisième alinéa de l'ancien article 1134⁷³². Ce dernier texte, dans son acception technique, n'épuisait toutefois pas le rôle de la bonne foi dans l'interprétation des contrats. Pour certains, la notion est simultanément au fondement et en filigrane des règles du Code civil qui ont trait à l'interprétation du contrat⁷³³. Il est ainsi possible d'en déceler la trace dans certaines dispositions : l'article 1188 du Code civil qui invite – comme le faisait en partie l'ancien article 1156 – à ne pas « s'arrêt[er] au sens littéral des termes » pour privilégier la commune intention des parties ou, à défaut, « le sens que (...) donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation » peut prétendre à une certaine filiation avec la bonne foi.

385. Enrichissement du contrat.- Loin de s'en tenir à la lettre ou à l'esprit du contrat conclu, le juge s'est attaché à enrichir les droits et obligations des parties. Cette entreprise créatrice a historiquement été effectuée sous les hospices d'une notion « cousine »⁷³⁴ de la bonne foi : l'équité⁷³⁵. C'est sur ce fondement que les juges du quai de l'Horloge ont notamment érigé la fameuse obligation de sécurité⁷³⁶. Les similitudes entre bonne foi et équité ont autorisé la première, plus récemment, à avoir les mêmes ambitions. Bonne foi et équité puisent conjointement dans la morale et permettent de contourner le jeu froid et

⁷³¹ V. not. D. Cohen, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517, spéc. n° 9, p. 520 et s.

⁷³² *Ibid.*, n° 11, p. 521 et s.

⁷³³ En ce sens, v. not. A. Bénabent, « La bonne foi dans l'exécution du contrat – Rapport français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1994, p. 291, spéc. p. 294 et s. Adde Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, V° « Bonne foi », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2017, n° 69 et s.

⁷³⁴ Adde Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, V° « Bonne foi », préc., n° 23.

⁷³⁵ Pour une critique de ce rapprochement, v. not. R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016, préf. L. Aynès, n° 56 et s., p. 54 et s. ; *Ibid.*, n° 136 et s., p. 121 et s.

⁷³⁶ Cass. Req., 21 nov. 1911, S. 1912, I, 73.

mécanique de certains accords ou règles juridiques, à telle enseigne que pour certains « la bonne foi se distingue mal de l'équité »⁷³⁷. Il faut dire qu'au lendemain du Code civil, les anciens articles 1134 et 1135 accueillant respectivement la bonne foi et l'équité ont pu être envisagés comme se complétant, l'un étant le prolongement de l'autre selon celui qui tient la plume. Plus encore, il semble que l'écoulement du temps a eu en partie raison de la distinction entre les deux notions reposant sur leurs rôles respectifs : alors que la bonne foi s'intéresserait au comportement des parties et présenterait ainsi une dimension interne au contrat, l'équité serait mobilisée pour déterminer ce que les parties doivent exécuter et présenterait donc une dimension externe au contrat⁷³⁸. Or, s'il s'agit d'ajouter à la convention des obligations non-voulues par les parties, l'équité est concurrencée l'exigence de bonne foi contractuelle⁷³⁹. Il n'est guère envisageable de considérer ici les fruits de l'interprétation créatrice des contrats effectuée par les juges, d'autant que certaines de ces créations ont échappé à leurs maîtres à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Il suffit donc de relever que la bonne foi se dessine plus ou moins directement derrière nombre d'obligations comme l'obligation d'information précontractuelle ou contractuelle, certaines obligations de motivation ou encore l'obligation de renégocier en cas d'imprévision.

386. En définitive, contester l'évolution du droit des contrats en omettant la bonne foi serait une entreprise des plus malaisées. Boussole du juge qui souhaite insuffler de la vie dans un contrat sclérosé s'il se repliait sur sa seule lettre, la bonne foi « est un véritable principe qui imprègne tout le droit des contrats »⁷⁴⁰. Aussi, la dernière assertion suggère que la notion est également mobilisée pour guider le contrôle du comportement des parties effectué par le juge.

⁷³⁷ D. Tallon, « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », in *Conferenze del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diritto*, 1994, p. 11 (cité par Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, V^o « Bonne foi », préc., n^o 23).

⁷³⁸ En ce sens, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n^o 601, p. 702 et s.

⁷³⁹ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, op. cit., n^o 647, p. 527.

⁷⁴⁰ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n^o 134, p. 113.

2) La bonne foi et le contrôle du comportement des contractants

387. Sens de la bonne foi : loyauté envers l'engagement souscrit.- Si le juge s'est inspiré de l'exigence de bonne foi pour interpréter le contrat, il la mobilise dorénavant et principalement cette exigence pour apprécier le comportement des contractants⁷⁴¹. Dans cette perspective, que recherche le juge ? Si « la notion de bonne foi objective en droit des contrats se révèle largement indomptée »⁷⁴², il est généralement admis « [qu']elle implique que les parties doivent non seulement s'abstenir de tout ce qui pourrait constituer une entrave à la réalisation de l'opération mais encore faire en sorte que celle-ci produise pleinement son *effet utile* »⁷⁴³. En somme, le juge veille à ce que le comportement de chaque partie soit loyal, envers l'autre partie mais surtout envers leur accord. Ce constat explique la proximité entretenue – avant comme après la réforme – entre force obligatoire et bonne foi⁷⁴⁴. Cette même proximité sera déterminante pour apprécier le manquement à la bonne foi du créancier qui demande l'exécution forcée dont le coût est disproportionné à l'intérêt qu'elle représente pour lui⁷⁴⁵. Si l'importance du contrôle effectué par le juge est attestée par sa pertinence à toutes les étapes de la relation contractuelle⁷⁴⁶, il l'est également par la vigueur de l'exigence de bonne foi.

388. Vigueur de l'exigence de bonne foi visant à contrôler le comportement des parties.- Le passage de l'interprétation du contrat au contrôle des contractants afin de promouvoir la bonne foi en la matière n'est guère anecdotique. Juge et législateur ont œuvré successivement pour donner une certaine vigueur à ce contrôle. Chaque manifestation de cette vigueur importe car si la relation entre la bonne foi et le contrôle de l'exécution forcée venait à être retenue, il faudrait la traduire dans le régime du contrôle.

⁷⁴¹V. not. A. Bénabent, « La bonne foi dans l'exécution du contrat – Rapport français », préc., spéc. p. 292.

⁷⁴² N. Balat, « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *Rev. dr. Assas* 2016, n° 12, p. 59, spéc. n° 6, p. 61.

⁷⁴³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédedé, *Les obligations*, op. cit., n° 128, p. 144. Adde S. Tisseyre, « La bonne foi : un principe prophylactique », in *Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin*, LGDJ, 2020, p. 553 : la bonne foi « participerait, dans le cadre de l'exécution, à la promotion de l'utilité contractuelle » (p. 555).

⁷⁴⁴ Sur la fonction protectrice de la force obligatoire attribuée à la bonne foi, v. not. R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 226 et s., p. 181 et s.

⁷⁴⁵ V. *infra* n° 403 et s.

⁷⁴⁶ V. *infra* n° 393 et s.

389. D'abord, il faut relever que la bonne foi est d'ordre public, de sorte que les parties n'ont guère la possibilité de convenir par avance qu'elles peuvent se soustraire à cette exigence fondamentale du droit des contrats : « la loyauté ne se négocie pas »⁷⁴⁷. S'il n'était pas douteux que la bonne foi fût d'ordre public à la veille de la réforme, le second alinéa de l'article 1104 du Code civil inscrit cette qualité dans le marbre de la loi et l'article 1112 du même Code l'explique pour les différentes étapes de la négociation du contrat qui « doivent *impérativement* satisfaire aux exigences de la bonne foi » (nous soulignons). Cette impérativité sera importante lorsque sera discutée la possible exclusion conventionnelle du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée⁷⁴⁸.

390. Ensuite, la vigueur du contrôle est illustrée par les mesures à la disposition du juge pour sanctionner un manquement à la bonne foi. Le terrain de la sanction de la mauvaise foi est plus instable et la réforme n'a pas remédié à cette situation⁷⁴⁹. S'il est désormais acquis que le comportement déloyal du contractant n'autorise pas le juge à « porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁷⁵⁰, il est en revanche habilité à paralyser certaines prérogatives contractuelles, à condamner le contractant à verser des dommages-intérêts ou encore à prononcer la résolution du contrat. Cet aspect sera crucial pour la question du rapprochement entre le contrôle fondé sur la bonne foi et le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée⁷⁵¹.

391. Malgré la vigueur du contrôle du comportement des contractants effectué par le juge, il est en principe deux obstacles sur la route de la mise en cause du contractant adoptant un comportement déloyal. D'une part, « [l]a bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver » rappelle l'article 2274 du Code civil. Il ressort de cette règle qu'il ne revient pas au contractant de faire la preuve de sa loyauté à l'égard de l'autre partie, mais bien à celle-ci d'établir la mauvaise foi. D'autre part, dans la continuité du précédent principe, le juge ne saurait relever d'office la mauvaise foi d'un contractant pour faire échec à l'une de ses demandes ou à l'usage de l'une de ses

⁷⁴⁷ M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816, n° 49.

⁷⁴⁸ V. *infra* n° 777.

⁷⁴⁹ V. not. P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, LexisNexis-Dalloz, 2011, p. 61.

⁷⁵⁰ Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768. Sur cette décision et ses implications, v. *infra* n° 405 et s.

⁷⁵¹ V. *infra* n° 403 et s.

prérogatives contractuelles⁷⁵². Ces deux aspects seront déterminants pour l'analyse ultérieure de la bonne foi du débiteur qui demande au juge d'exercer le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée⁷⁵³.

392. Conclusion.- La destinée de la notion de bonne foi dans le Code civil est remarquable : « soigneusement oubliée pendant longtemps, elle éclate aujourd'hui au grand jour au point de connaître une effervescence sans précédent »⁷⁵⁴. Le rôle technique qu'elle a endossé dans un premier temps a laissé place à un rôle autrement plus important qui l'a portée en haut de l'affiche. Ce succès, la notion de bonne foi le doit surtout au contrôle du comportement des contractants qu'elle a inspiré au fil des hypothèses soumises aux juges. Surtout, ce succès était inévitable au regard de la vocation générale de la bonne foi : il n'est pas une étape de la vie contractuelle qui lui échappe.

B) L'EXIGENCE DE BONNE FOI : UNE FINALITE PERTINENTE PENDANT TOUTE LA VIE DU CONTRAT

393. À suivre la lettre de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil⁷⁵⁵, la bonne foi ne serait pertinente qu'au stade de l'exécution du contrat. Toutefois, une telle délimitation n'a pas retenu le juge dans son contrôle du comportement des contractants. La réforme du droit des contrats a embrassé cette approche en considérant à l'article 1102 du Code civil que « [l]es contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » (1). À ce triptyque légal, il faut ajouter, dans la perspective du présent propos, que l'exigence de bonne foi imprègne également l'hypothèse de l'inexécution du contrat (2).

⁷⁵² V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 juin 1995, n° 93-04.208 : « Qu'en statuant ainsi, alors que la bonne foi du débiteur qui se trouve dans l'incapacité de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir est présumée et que le juge ne peut par conséquent soulever d'office la fin de non-recevoir résultant de l'absence de bonne foi, le juge d'instance a violé le texte susvisé [anc. art. L. 311-2 C. conso.] ». Sur la conséquence de cette règle quant à la possibilité de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 686.

⁷⁵³ Sur la conséquence de la règle sur la preuve de la mauvaise foi du débiteur excipant de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 847 et s.

⁷⁵⁴ D. Cohen, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », préc., n° 2, p. 518.

⁷⁵⁵ Anc. art. 1134 al. 3 C. civ. : les conventions « doivent être *exécutées* de bonne foi » (nous soulignons).

1) La bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat

394. Bonne foi et négociation du contrat.- L'absence de liens contractuels entre les parties au moment de la négociation du contrat ne les soustrait pas à l'exigence de bonne foi. Avant comme après la réforme du droit des contrats⁷⁵⁶, le juge contrôle le comportement des parties à l'entrée des négociations⁷⁵⁷, lors de leur conduite⁷⁵⁸, qui doit parfois être confidentielle⁷⁵⁹, ou encore lors de leur rupture⁷⁶⁰. Si l'une des parties, malgré la liberté dont elle jouit en principe, adopte un comportement déloyal à l'une des étapes évoquées, sa responsabilité extracontractuelle peut être engagée de sorte qu'elle aura à réparer les pertes et frais relatifs aux négociations avortées – mais non pas la perte des avantages attendus ou la perte de la chance d'obtenir ces avantages⁷⁶¹.

395. Bonne foi et formation du contrat.- La formation du contrat est également soumise à l'exigence de bonne foi : un rapide survol des dispositions qui gouvernent ce temps contractuel atteste effectivement que le juge ne saurait laisser un contractant adopter un comportement déloyal à cette occasion⁷⁶². En filigrane dans le dol tel qu'envisagé à l'article 1137 du Code civil, la bonne foi a ostensiblement participé à l'élaboration de l'obligation précontractuelle d'information avant sa codification à l'article 1112-1 du Code civil : « [à] l'instar des obligations d'information jurisprudentielles qui l'ont inspiré, le devoir d'information instauré par l'article 1112-1 du Code civil doit être rattaché à la bonne foi contractuelle et à l'obligation de loyauté »⁷⁶³. L'assertion est d'autant plus vraie que longtemps placée dans le giron de la réticence dolosive, l'obligation d'information avait gagné en autonomie en se fondant sur la notion de bonne foi⁷⁶⁴.

⁷⁵⁶ Art. 1112 C. civ.

⁷⁵⁷ V. par ex. Civ. 2^e, 4 juin 1997, n° 95-10.574, *RTD civ.* 1997, p. 921, obs. J. Mestre : conduite de négociations précontractuelles avec un potentiel partenaire à un prix bien inférieur à celui proposé à un tiers.

⁷⁵⁸ V. par ex. Com., 18 juin 2002, n° 99-16.488 : poursuite des pourparlers alors qu'il était évident que le contrat ne pourrait être conclu en l'état.

⁷⁵⁹ Art. 1112-2 C. civ.

⁷⁶⁰ V. par ex. Civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, n° 95-19.199, *Deffrénois* 1998, p. 741, obs. D. Mazeaud : rupture des pourparlers la veille de la signature du contrat.

⁷⁶¹ Art. 1112 al. 2 C. civ.

⁷⁶² V. P. Jourdain, « La bonne foi dans la formation du contrat – Rapport Français », préc., spéc. p. 123.

⁷⁶³ D. Houtcieff, *Droit des contrats, op. cit.*, n° 315, p. 285.

⁷⁶⁴ V. par ex. Com., 20 septembre 2005, n° 03-19.732, *D.* 2006, p. 2855, obs. P. Crocq.

396. Bonne foi et exécution du contrat.- Invoquée lorsqu'il faut interpréter le contrat et donc dire ce que les parties ont à exécuter, la bonne foi est également mobilisée à l'occasion du contrôle du comportement de ces parties au moment de l'exécution du contrat⁷⁶⁵. Or, ledit contrôle est substantiel : « [l]a bonne foi contractuelle n'est pas un état d'esprit temporaire ou une attitude circonstancielle : elle doit être un mode de vie, un comportement continu, guidant les faits et gestes de toutes les parties contractantes, du début de leurs rapports jusqu'à leur achèvement »⁷⁶⁶. Qu'impose ce « mode de vie » ? La réponse ne vient pas du législateur, l'ancien article 1134 alinéa 3 et l'article 1104 du Code civil ne détaillant pas ce qui est attendu du contractant, mais de la jurisprudence particulièrement riche à cet égard⁷⁶⁷. Tour à tour, le juge fait peser sur les contractants un devoir de persévérance⁷⁶⁸, un devoir de vigilance⁷⁶⁹, un devoir de transparence⁷⁷⁰, un devoir de coopération⁷⁷¹ ou encore un devoir d'information⁷⁷². À chaque fois, il est attendu de la partie au contrat qu'elle adopte un comportement fidèle à la bonne exécution de l'engagement souscrit par elle, manifestant ainsi le fait que la bonne foi s'envisage dans la continuité de la force obligatoire.

⁷⁶⁵ V. en général R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit.

⁷⁶⁶ Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *V° « Bonne foi »*, préc., n° 83.

⁷⁶⁷ Pour une présentation exhaustive, v. *ibid.*, n° 84 et s.

⁷⁶⁸ V. par ex. Com., 7 octobre 2014, n° 13-21.086, *RTD civ.* 2015, p. 381, obs. H. Barbier : même lors du préavis qui précède la fin du contrat, le contractant doit poursuivre la bonne exécution du contrat.

⁷⁶⁹ V. par ex. Civ. 3^e, 21 mars 2012, n° 11-14.174, *D.* 2012, p. 946, obs. Y. Rouquet : le comportement du bailleur qui réclame la régularisation des charges sur une période de cinq années, alors que le locataire avait eu l'occasion de demander à plusieurs reprises cette régularisation, doit être considéré comme déloyal.

⁷⁷⁰ V. par ex. Civ. 1^{re}, 15 mai 2001, n° 98-20.507 : manque à son devoir de loyauté le propriétaire qui, ayant sollicité un mandataire afin de trouver un preneur pour son immeuble, n'avertit pas ce mandataire de la vente de l'immeuble.

⁷⁷¹ V. par ex. Soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210 : l'employeur qui cesse brutalement de mettre à la disposition d'un salarié soumis à des horaires atypiques un véhicule, ce qui avait été le cas pendant 10 ans, manque à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail.

⁷⁷² V. par ex. Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, 03-14.275, *RTD com.* 2007, p. 220, obs. B. Bouloc : alors même que l'acheteur est accompagné d'un professionnel de l'installation de système de climatisation, le vendeur professionnel doit se renseigner sur les besoins de l'acheteur et l'informer de l'adéquation du matériel proposé avec l'usage envisagé.

2) La bonne foi dans l'inexécution du contrat

397. Tentation de la disparition de l'exigence de bonne foi après l'inexécution du contrat.- L'inexécution du contrat suppose qu'une partie manque à la parole contractuelle. *A priori*, cette inexécution est également synonyme d'atteinte à la bonne foi, laquelle est tournée vers la bonne exécution de l'accord⁷⁷³. Par une forme d'application de la loi du Talion, d'aucuns pourraient ainsi voir dans l'atteinte à la bonne foi par une partie une autorisation pour l'autre partie à s'en dispenser elle-même. Autrement dit, jamais le comportement du créancier victime de l'inexécution ne saurait être sanctionné en raison de sa mauvaise foi. L'assertion, si elle se vérifiait, serait de nature à couper à la racine l'idée selon laquelle la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée vise à préserver la bonne foi au sein de la relation contractuelle.

398. Préservation de l'exigence de bonne foi après l'inexécution du contrat.- A l'examen, l'inexécution du contrat ne signe pas la fin de l'exigence de bonne foi : l'écart du débiteur par rapport à l'engagement contractuel n'autorise pas le créancier à adopter un comportement déloyal.

399. *De lege ferenda*, l'assertion pourrait être illustrée par l'obligation de minimiser le dommage. Enjoindre le créancier à minimiser le dommage qu'il subit du fait de l'inexécution ne se comprend pas seulement dans une perspective économique : il y a une certaine loyauté chez celui qui, dans la mesure du raisonnable, réduit son préjudice pour que son cocontractant n'en supporte pas la réparation⁷⁷⁴.

400. *De lege lata*, la bonne foi au stade de l'inexécution se manifeste notamment à l'occasion de la mise en œuvre des clauses résolutoires, plus particulièrement afin d'éviter leur mise en œuvre excessivement mécanique. Si le juge se refuse à exercer tout contrôle de la proportionnalité de cette sanction, il ne tolère pas qu'elle soit invoquée de mauvaise

⁷⁷³ Sur la relation entre bonne foi et inexécution du contrat pour le débiteur qui demande au juge d'exercer le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 827.

⁷⁷⁴ En ce sens, v. not. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, préf. H. Muir Watt, n° 203 et s., p. 128 et s. ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 351, p. 445 et s.

foi : « si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'[ancien] article 1134 du Code civil »⁷⁷⁵. Le comportement du créancier est susceptible de contrevenir à l'exigence de loyauté dans diverses hypothèses, notamment lorsque le créancier réalise une mise en demeure dans des conditions telles qu'il sait qu'elle ne parviendra pas au débiteur à temps⁷⁷⁶, ou encore lorsque ce même créancier s'est abstenu de réclamer l'exécution de l'obligation pendant une longue durée⁷⁷⁷. En somme, « une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier »⁷⁷⁸, et la réforme du droit des contrats n'a pas vocation à remettre en cause cette démarche prétorienne⁷⁷⁹.

401. Conclusion.- Il n'est pas une étape de la vie du contrat qui échappe à l'exigence de bonne foi. Le constat est d'autant plus remarquable en ce qu'il garde sa pertinence à des moments de ladite vie où les positions des parties pourraient être particulièrement antagonistes, voire conflictuelles : la négociation et, essentiellement, l'inexécution du contrat.

402. Conclusion du paragraphe.- La bonne foi « scintille sur l'océan du droit »⁷⁸⁰ en général et illumine tout le droit des contrats en particulier. Traditionnellement envisagée comme la source de l'enrichissement du contrat, la bonne foi s'est mue en finalité traditionnelle du contrôle du comportement des contractants à toutes les étapes de la vie du contrat. Partant, puisque le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée prend les atours d'un contrôle du comportement du créancier victime de l'inexécution, il n'est pas illégitime de voir dans l'exception à l'exécution forcée une nouvelle manifestation de l'exigence de bonne foi. Séduisante, l'idée doit être combattue car, à l'examen, le

⁷⁷⁵ Civ. 1^{re}, 14 mars 1956, *Bull. civ.* I, n° 133.

⁷⁷⁶ Civ. 3^e, 16 octobre 1973, *Bull. civ.* III, n° 529 : mise en demeure du bailleur sciemment effectuée pendant les vacances des locataires. V. récemment Civ. 3^e, 8 juillet 2021, n° 20-10.803, *D.* 2022, p. 310, obs. R. Boffa : commandements de payer délivrés en plein milieu des fêtes de fin d'année.

⁷⁷⁷ Civ. 3^e, 8 avril 1987, n° 85-17.596, *RTD civ.* 1988, p. 120, obs. J. Mestre : omission de réclamer l'exécution pendant plus de 10 ans. *Adde* Civ. 1^{re}, 16 février 1999, n° 96-21.997, *D.* 2000, p. 360, obs. D. Mazeaud.

⁷⁷⁸ Civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, n° 92-20.654, *D.* 1995, p. 389, note C. Jamin.

⁷⁷⁹ En ce sens, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 802, p. 896 et s.

⁷⁸⁰ Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *V° « Bonne foi »*, préc. n° 1.

créancier qui demande l'exécution forcée alors qu'elle apparaît manifestement disproportionnée est nécessairement de bonne foi.

§2 LA BONNE FOI DU CREANCIER DEMANDANT L'EXECUTION FORCEE MANIFESTEMENT DISPROPORTIONNEE

403. Jusqu'à la réforme du droit des contrats, le droit d'option accordé au créancier vis-à-vis de l'exécution forcée échappait à tout contrôle et, partant, à l'exigence de bonne foi⁷⁸¹. La consécration d'un contrôle de la disproportion manifeste de cette sanction est-elle venue changer la donne ? Autrement dit, est-ce que l'exception évoquée à l'article 1221 du Code civil peut trouver un écho sur le terrain de l'exigence de bonne foi ? La réponse négative s'impose pour deux raisons relativement liées. D'une part, le droit à l'exécution forcée ressort davantage de la substance du contrat plutôt que des prérogatives contractuelles et ne peut, à ce titre, être remis en cause au nom de l'exigence de bonne foi (A). D'autre part, il s'agit de considérer la finalité primaire de l'exécution forcée, à savoir attribuer au créancier victime de l'inexécution la prestation promise dans le contrat par le débiteur. Il s'ensuit que le créancier qui demande l'exécution forcée, même si elle est manifestement disproportionnée, ne peut se voir reprocher une atteinte à l'exigence de bonne foi (B), laquelle repose sur la loyauté envers l'engagement contractuel souscrit.

A) L'EXECUTION FORCEE : UN DROIT RELEVANT DE LA SUBSTANCE DU CONTRAT NE POUVANT ETRE REMIS EN CAUSE AU NOM DE L'EXIGENCE DE BONNE FOI

404. Si l'exigence de bonne foi a vocation à jouer à toutes les étapes de la vie contractuelle, il demeure des aspects du contrat qui ne s'y soumettent pas. L'exécution forcée demandée par le créancier est-elle à ranger parmi ces aspects réfractaires ? Répondre par l'affirmative permettrait de faire échec à toute velléité d'élever la bonne foi au rang des finalités du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Or il semble bien que la demande en exécution forcée échappe à tout contrôle reposant sur l'exigence de bonne foi en ce qu'elle est rattachée à la substance du contrat (2), et non pas à la catégorie

⁷⁸¹ L'exception tirée de l'impossibilité de l'exécution forcée, dans ses différentes formes, ne semble pas reposer sur l'idée de bonne foi.

des prérogatives contractuelles. L’assertion requiert de revenir au préalable sur la distinction entre les prérogatives contractuelles et la substance du contrat (1).

1) La distinction entre les prérogatives contractuelles et la substance du contrat

405. Origine de la distinction.- Conscient de la portée potentiellement – voire dangereusement – importante de leur contrôle visant à promouvoir la bonne foi dans la relation contractuelle, les juges ont voulu le circonscrire. Il s’agissait notamment pour eux de tempérer les ambitions de certains auteurs qui voyaient dans l’ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil le terreau d’un contrôle au service d’un rééquilibrage des relations contractuelles asymétriques. Cette lecture audacieuse de la précédente disposition a été clairement rejetée par la Cour de cassation à l’occasion de l’arrêt *Les Maréchaux* : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l’usage déloyal d’une prérogative contractuelle, elle ne l’autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁷⁸². La « formule très doctrinale »⁷⁸³ employée par la Cour régulatrice n’est guère restée inédite, d’autres décisions la reprenant littéralement ou en substance⁷⁸⁴. La ligne directrice inaugurée dans l’arrêt *Les Maréchaux* a immédiatement fait l’objet de nombreux commentaires. Ces derniers ont insisté, d’une part, sur le poids à accorder respectivement aux alinéas 1 et 3 de l’ancien article 1134 du Code civil : « [l]a primauté (...) très nettement accordée au principe de la force obligatoire du contrat, précisément à la règle de l’intangibilité du contenu contractuel, sur celui de la bonne foi dans l’exécution du contrat, précisément sur le devoir de loyauté »⁷⁸⁵, ferme la porte à l’utilisation de la bonne foi pour modifier le « cœur du contrat »⁷⁸⁶ et donc remédier à une éventuelle disproportion des prestations. D’autre part, très légitimement, ces commentaires ont ouvert le débat sur l’identification des prérogatives contractuelles dont l’exercice est soumis au contrôle du

⁷⁸² Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *D.* 2007, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. Fages ; *RDC* 2007/4, p. 1107, obs. L. Aynès ; *RDC* 2007/4, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2007, n° 294, note L. Leveneur ; *GAJC*, t. 2, n° 164.

⁷⁸³ B. Fages, obs. sous Com., 10 juillet 2007, préc.,

⁷⁸⁴ V. par ex. Civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19.923, *RTD civ.* 2010, p. 105, obs. B. Fages ; *RDC* 2010/2, p. 561, obs. Y.-M. Laithier et D. Mazeaud.

⁷⁸⁵ D. Mazeaud, obs. sous Com., 10 juillet 2007, préc.

⁷⁸⁶ L. Aynès, obs. sous Com., 10 juillet 2007, préc.

juge, par rapport à la substance du contrat échappant, quant à elle, à l'appréciation judiciaire.

406. Persistance de la distinction.- Dans la mesure où la réforme du droit des contrats n'évoque pas la solution qui ressort de l'arrêt *Les Maréchaux*, d'aucuns ont pu douter de sa consécration dans le Code civil rénové⁷⁸⁷. En effet, la combinaison du silence de la réforme avec l'autonomie désormais acquise de l'exigence de bonne foi qui se serait mue en principe général du droit des contrats autoriserait un tel doute. Plus encore, « la règle jurisprudentielle serait en ballotage défavorable »⁷⁸⁸ dans la mesure où « le silence de la réforme (...) traduit (...) une certaine hostilité à l'égard de la règle jurisprudentielle en raison de la difficulté de sa mise en œuvre »⁷⁸⁹. S'il reviendra assurément au juge de dissiper ces doutes, il est des raisons de croire qu'il confirmera la solution dégagée par lui plus de dix ans avant la réforme, et réitérée à sa veille. D'abord, « il est évident qu'une jurisprudence n'est pas condamnée pour le seul fait de n'avoir pas été consacrée par l'ordonnance »⁷⁹⁰. Au contraire, il est possible de penser que la condamnation aurait requis une prise de parole positive de la part des auteurs de la réforme, ce qui n'est pas le cas⁷⁹¹. Ensuite, la consécration générale de l'exigence de bonne foi à l'article 1104 du Code civil n'affecte en rien sa nécessaire articulation avec le principe de la force obligatoire évoqué à l'article 1105 du même Code. Or, il ne serait pas surprenant que la force obligatoire ressorte – de nouveau – victorieuse de cette articulation. En définitive, et en tout état de cause, il aurait été opportun que la réforme précise avec clarté le maintien de la décision *Les Maréchaux* et, le cas échéant, ce qu'il faut entendre par prérogative contractuelle.

407. Termes de la distinction.- La décision *Les Maréchaux* a donné naissance à une question désormais fondamentale et toujours pertinente au regard du silence de la réforme du droit des contrats : qu'est-ce qu'une prérogative contractuelle ? Avant même cette décision, la notion n'avait pas échappé à certains auteurs qui se sont essayés à son

⁷⁸⁷ V. spéc. D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529, spéc. n° 9 et s., p. 532 et s.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, n° 12, p. 534.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ J.-B. Seube, « Quel avenir pour la jurisprudence sur l'usage abusif d'une prérogative contractuelle après la réforme du 10 février 2016 ? », obs. sous Civ. 3^e, 15 décembre 2016, *RDC* 2017/1, p. 69.

⁷⁹¹ En ce sens, v. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, op. cit., n° 642-7, p. 519.

identification dans le cadre d'autres questionnements⁷⁹². Il reste que l'attention doctrinale pour la notion de prérogative contractuelle s'est accentuée au lendemain des arrêts précités⁷⁹³. La démarche paraît bien nécessaire : « [s]'attaquer à la notion de "prérogative" contractuelle n'est pas si simple »⁷⁹⁴.

408. Certains auteurs ont essayé de définir la catégorie des prérogatives contractuelles, les envisageant alors comme « des "pouvoirs d'essence unilatérale" accordés à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi, et dont l'exercice permet à celle-ci d'influer sur le contrat au stade de la formation (clause de dédit), de son contenu (clause de fixation unilatérale du prix, clause permettant de modifier unilatéralement l'objet du contrat), de sa dissolution (clause résolutoire de plein droit, clause de résiliation unilatérale), de sa cession (clause d'agrément du cessionnaire), etc. »⁷⁹⁵.

409. Un récent travail doctoral a permis d'éclairer nombre d'aspects de la notion de prérogative contractuelle⁷⁹⁶. De manière générale, l'auteur de cette thèse définit la prérogative contractuelle comme « la puissance accordée à une partie contractante de décider d'une modification au cours de la réalisation des effets d'une situation contractuelle »⁷⁹⁷. La définition retenue est riche et suggère qu'il ne faut pas ranger toutes les initiatives unilatérales des contractants parmi la catégorie des prérogatives contractuelles : « [t]out signe d'unilatéralisme n'est pas synonyme de prérogative contractuelle »⁷⁹⁸. Un tri doit être effectué entre toutes les hypothèses qui renvoient à une forme d'unilatéralisme. C'est sur la base de cette démarche qu'il faut déterminer si l'exécution forcée relève de la catégorie des prérogatives contractuelles.

⁷⁹² Pour un exposé des recherches de ces auteurs, v. R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 406 et s., p. 319 et s.

⁷⁹³ V. not. les actes du colloque « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011/2, p. 639 et s.

⁷⁹⁴ D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011/2, p. 644, n° 1.

⁷⁹⁵ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *op. cit.*, p. 167. Adde F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 599, p. 699.

⁷⁹⁶ V. L. Molina, *La prérogative contractuelle*, LGDJ, 2022, préf. L. Aynès.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, n° 67, p. 65.

⁷⁹⁸ J. Raynard, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *RDC* 2011/2, p. 695, n° 9.

2) Le rattachement de l'exécution forcée à la substance du contrat

410. Incertitudes concernant l'exécution forcée au lendemain de la décision *Les Maréchaux*.- Le créancier victime de l'inexécution du contrat réclamant l'exécution forcée exerce-t-il une prérogative contractuelle ? Remettre en cause son droit à l'exécution forcée, est-ce envisager l'usage d'une prérogative contractuelle ou bien retoucher la substance du contrat ? Cette demande relève d'une zone grise qui démontre que la distinction évoquée plus tôt peut « parfois se révéler délicate à manier »⁷⁹⁹. La problématique n'a pas échappé à l'attention de la doctrine au lendemain de la décision *Les Maréchaux*. Il a ainsi été relevé que la distinction posée dans la cette décision « laisse évidemment subsister des questions de frontières : par exemple, le recours à l'exécution forcée (...) relève[-t-il] de l'usage d'une prérogative (contrôlable) ou de la mise en œuvre du droit à la prestation promise (non contrôlable) ? »⁸⁰⁰. S'il a pu être exprimé une faveur pour la qualification de prérogative contractuelle, il faut bien plutôt admettre que la demande en exécution forcée se rattache à la substance du contrat qui échappe, de ce fait, au contrôle reposant sur l'exigence de bonne foi.

411. Faveur pour la qualification de prérogative contractuelle.- Selon l'auteur d'une thèse portant sur *La bonne foi dans l'exécution du contrat*⁸⁰¹, la demande en exécution forcée doit être qualifiée de prérogative contractuelle sur laquelle le juge peut porter un contrôle. Afin d'arriver à cette conclusion, l'auteur retient d'abord que le créancier titulaire d'un droit de créance et victime d'une inexécution doit se poser deux questions : « [l]a première est de savoir *s'il doit* mettre en œuvre son droit à l'exécution. (...), [l]a seconde (...) est celle de savoir *comment* il peut réclamer ce qui lui est dû »⁸⁰². Ce faisant, « le droit à la réclamation de la créance (prérogative) est à cet égard distinct de la prestation promise (substance des droits et obligations), laquelle est *intangibile* »⁸⁰³ et « l'option offerte au créancier (celle d'agir ou non) relève (...) d'un choix comportemental constitutif d'un droit potestatif »⁸⁰⁴. Transposant ensuite l'analyse à l'exécution forcée, l'auteur considère que,

⁷⁹⁹ L. Leveneur, note Com., 10 juillet 2007, préc., CCC 2007, com. n° 294.

⁸⁰⁰ L. Aynès, obs. sous Com., 10 juillet 2007, préc., RDC 2007/4, p. 1107.

⁸⁰¹ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit.

⁸⁰² *Ibid.*, n° 418, p. 330 (l'auteur souligne).

⁸⁰³ *Ibid.*, n° 420, p. 332 (l'auteur souligne).

⁸⁰⁴ *Ibid.*

« [s]elon toute vraisemblance, le fait d'imposer l'exécution en nature "en poussant son droit jusqu'à l'extrême", alors qu'une autre voie serait envisageable, relève, nous semble-t-il, de l'ordre du comportement et non de celui de la substance des droits et obligations »⁸⁰⁵.

412. Défaveur pour la qualification de prérogative contractuelle.- A l'inverse de ce qui vient d'être exposé, il semble préférable de rattacher la demande en exécution forcée à la substance du contrat plutôt qu'à la catégorie des prérogatives contractuelles.

413. Tout d'abord, il paraît particulièrement problématique d'opérer une séparation aussi nette entre la prestation promise dans le contrat et le fait de réclamer cette prestation. S'il est juste dans l'absolu, le raisonnement néglige l'approche française de la question, laquelle repose sur une relation quasiment fusionnelle entre la prestation promise et le fait de la réclamer *in specie*, entre la force obligatoire du contrat et l'exécution forcée⁸⁰⁶. En suivant cette approche, proprement structurante, ne faut-il pas considérer que l'exécution forcée – au service de la prestation promise – relève de la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ? Le juge qui remettrait en cause le droit à l'exécution forcée priverait ainsi le créancier de la prestation promise pour lui substituer autre chose, des dommages-intérêts ou une réduction du prix. En procédant de la sorte, ce même juge retoucherait la substance des droits et obligations fixée par les parties au contrat, ce qu'il ne peut faire en brandissant l'exigence de bonne foi. En fin de compte, la fusion opérée entre l'exécution forcée et la prestation promise dans le contrat va dans le sens d'un rattachement de la première à la substance du contrat plutôt qu'aux prérogatives contractuelles.

414. Ensuite, à bien reconsidérer la définition récemment proposée de la prérogative contractuelle, il est certain que la demande d'exécution forcée échappe à cette catégorie. En effet, il est au moins deux aspects de la notion, pris individuellement ou conjointement, qui conduisent à l'exclusion de la sanction *in specie* de son champ. D'une part, la prérogative contractuelle constitue une décision qui s'impose à l'autre partie au contrat⁸⁰⁷ : « [c]et axiome évince de la catégorie des prérogatives contractuelles l'ensemble des

⁸⁰⁵ *Ibid.*, n° 421, p. 335.

⁸⁰⁶ Sur cette relation, v. *supra* n° 220 et s.

⁸⁰⁷ L. Molina, *La prérogative contractuelle, op. cit.*, n° 40 et s., p.42 et s.

décisions qui nécessitent soit la rencontre d'une autre volonté manifestée (c'est le cas de l'offre), *soit d'être acceptées ou homologuées par un juge* »⁸⁰⁸. Or, même s'il jouit d'un droit d'option en matière d'exécution forcée, il demeure que le créancier victime de l'inexécution doit saisir le juge de sa demande et qu'il est difficile de lui reconnaître un quelconque pouvoir décisionnel autosuffisant. D'autre part, la prérogative contractuelle a pour effet de modifier la situation contractuelle dans laquelle elle s'insère⁸⁰⁹. Il s'agit alors de permettre « tout changement par rapport au contenu contractuel initialement formé »⁸¹⁰. Or, n'est-ce pas justement la finalité de l'exécution forcée que d'assurer le strict respect du contenu contractuel initialement formé par les parties en contraignant le débiteur à s'exécuter *in specie* ? En somme, si la prérogative contractuelle se distingue par le fait qu'elle permet à une partie de décider seule de la modification des effets de la relation contractuelle dans laquelle elle est engagée, il convient d'admettre que l'exécution forcée qui exige l'intervention du juge et qui vise au respect de cette relation contractuelle s'éloigne véritablement de la définition de prérogative contractuelle.

415. En définitive, il n'est pas possible de qualifier la demande en exécution forcée de prérogative contractuelle. A suivre la jurisprudence *Les Maréchaux*, qui demeure d'actualité malgré les critiques qui peuvent lui être adressées, il n'est donc pas envisageable de soumettre la demande en exécution forcée à un contrôle reposant sur l'exigence de bonne foi. Partant, le nouveau contrôle de la sanction *in specie* prévu par l'article 1221 du Code civil ne saurait être rattaché à l'exigence précitée. Retenir la solution inverse reviendrait à étendre le domaine du contrôle de la bonne foi au-delà de celui qu'il avait hier et qu'il a aujourd'hui. Or, une telle extension serait regrettable au regard de l'objectif sain fixé par la jurisprudence : éviter un trop grand interventionnisme judiciaire dans le contrat au nom d'une prétendue morale contractuelle.

416. Conclusion.- Tous les éléments du contrat ne sont pas soumis au contrôle du juge fondé sur la bonne foi, lequel est l'occasion de porter un jugement d'ordre moral sur le

⁸⁰⁸ *Ibid.*, n° 43, p.45 (nous soulignons). Rapp. *ibid.* n° 59, p.58 : « En particulier, le choix laissé au créancier de l'obligation inexécutée par l'article 1217 du Code civil octroie un droit de décider entre les différentes sanctions proposées mais ce choix ne réalise pas la sanction en elle-même. En ce sens, la décision prise par le créancier n'engendre pas de modification. *Celle-ci résulte de la décision du juge* ou d'une prérogative contractuelle » (nous soulignons).

⁸⁰⁹ *Ibid.*, n° 55 et s., p.54 et s.

⁸¹⁰ *Ibid.*, n° 60, p.58.

comportement des contractants. S'il est difficile de faire le départ entre la substance du contrat et les prérogatives contractuelles, la fonction particulière de l'exécution forcée – qui permet d'obtenir la prestation promise – suggère que cette sanction de l'inexécution relève de la substance du contrat. Ce faisant, selon le cadre du contrôle des comportements contractuels fondé sur l'exigence de bonne foi, le contrôle de l'exécution forcée évoqué à l'article 1221 du Code civil ne devrait pas être de ces contrôles qui visent à promouvoir la bonne foi dans la relation contractuelle. Cette conclusion peut être prolongée en considérant l'idée que la demande d'une exécution forcée qui serait manifestement disproportionnée n'est pas contraire à l'exigence de bonne foi.

B) L'EXECUTION FORCEE MANIFESTEMENT DISPROPORTIONNEE : UNE DEMANDE NECESSAIREMENT CONFORME A L'EXIGENCE DE BONNE FOI

417. Dans l'éventualité où – contrairement à ce qui vient d'être soutenu – la demande en exécution forcée constituerait une prérogative contractuelle, elle pourrait être soumise à un contrôle reposant sur l'exigence de bonne foi. Pour autant, est-ce à dire que le contrôle de l'article 1221 du Code civil est forcément un contrôle reposant sur cette exigence ? Pour que cela soit le cas, encore faut-il que le fait de demander l'exécution forcée alors qu'elle est manifestement disproportionnée soit assimilable à un acte de mauvaise foi. Or, rien n'est moins certain : s'il est vrai que des éléments laissent à penser que l'exécution forcée manifestement disproportionnée contrarie l'exigence de bonne foi (1), d'autres plus convaincants suggèrent au contraire que l'exécution forcée manifestement disproportionnée est conforme à l'exigence de bonne foi (2).

1) La contrariété à l'exigence de bonne foi de l'exécution forcée manifestement disproportionnée

418. Contrariété à l'exigence de bonne foi telle qu'envisagée par la doctrine solidariste.- Le créancier victime de l'inexécution qui réclamerait l'exécution forcée du contrat alors que celle-ci est manifestement disproportionnée selon les termes de l'article 1221 du Code civil contrevient-il à l'exigence de bonne foi ? La réponse n'est

guère aisée à formuler, tant la définition et la sève morale de la bonne foi compliquent l'identification exacte des devoirs qui pèsent sur les contractants.

419. Le caractère fuyant de la bonne foi a justement été saisi par certains auteurs, formant le courant du solidarisme contractuel⁸¹¹, dans son versant moral⁸¹², pour imposer divers devoirs équipollents à la fraternité ou à la charité. En effet, le solidarisme contractuel vise à construire « un monde contractuel meilleur »⁸¹³ en appelant à la fraternité du contractant qui doit « centrer son attention non plus seulement sur soi mais également sur l'autre, afin de rechercher et de servir l'intérêt de ce dernier »⁸¹⁴. Le « ferment »⁸¹⁵ de ce « civisme contractuel »⁸¹⁶ est l'exigence de bonne foi, de sorte que celui qui agirait sans égards pour les intérêts de l'autre partie la méconnaîtrait et s'exposerait ainsi à l'intervention du juge. S'il s'agit de replacer le commandement qui précède dans le cadre de l'exécution forcée, il est certain que le créancier demandant cette sanction quand l'intérêt qu'elle lui procure est dérisoire par rapport à son coût méconnaît l'exigence de bonne foi. Ce créancier sans attention pour son débiteur participerait ainsi à un « monde (contractuel) sans pitié »⁸¹⁷, loin de celui que les solidaristes avaient en vue. Des ponts pourraient ainsi être jetés entre l'exigence de bonne foi, le solidarisme contractuel et le nouveau contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ; l'une des premières plumes du courant le relève d'ailleurs – sans s'y attarder toutefois – dans ses « Notations sur un solidarisme contractuel »⁸¹⁸.

⁸¹¹ Sur lequel, v. déjà C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003 ; L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, LexisNexis-Litec, 2006, préf. E. Loquin.

⁸¹² Sur la distinction entre le « solidarisme moral » et le « solidarisme social », v. not. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé : mélanges offerts Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247, spéc. n° 2, p. 247 et s. (et les références citées). Sur le solidarisme social, v. l'article fondateur de C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 445.

⁸¹³ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 609.

⁸¹⁴ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57, spéc. p. 58.

⁸¹⁵ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », préc., p. 604.

⁸¹⁶ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003/1, p. 295, spéc. n° 3.

⁸¹⁷ D. Mazeaud, « Exécution forcée de l'obligation contractuelle de faire », obs. sous Civ. 3^e, 3 mai 2005, n° 03-21.136, *RDC* 2006/2, p. 323.

⁸¹⁸ C. Jamin, « Notations sur un solidarisme contractuel », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 433, spéc. p. 444.

420. Contrariété à l'exigence de bonne foi telle qu'envisagée par la doctrine autre que solidariste.- Sans adhérer au solidarisme contractuel, loin s'en faut, certains auteurs ont plus modestement posé la question de l'atteinte à l'exigence de bonne foi lorsqu'existe une disproportion manifeste entre les intérêts des parties. Évoquant ainsi l'hypothèse de l'imprévision d'une manière qui peut être quelque peu exploitée ici, ils se demandent : « n'est-ce pas en effet méconnaître [la règle qui veut que les conventions soient exécutées de bonne foi] que d'exiger la stricte exécution d'un contrat alors que le changement de circonstances *rend écrasante la charge de l'un et dérisoire la prestation de l'autre* ? »⁸¹⁹. Les mêmes auteurs, cette fois-ci dans la perspective de l'exécution forcée et de sa nouvelle exception admettent que « le pouvoir reconnu au juge de refuser l'exécution forcée en cas de disproportion manifeste entre son coût et son intérêt pour le créancier (...) [est] de nature à accentuer l'importance prise par la bonne foi dans l'exécution du contrat »⁸²⁰.

421. De part et d'autre de l'échiquier doctrinal, il serait donc admis que la bonne foi implique de se soucier de l'intérêt du contractant au moment du choix de la sanction de l'inexécution en général et de l'exécution forcée en particulier. Dès lors, il n'est pas exclu de considérer que le créancier qui exige la sanction *in specie* de l'inexécution alors qu'il existe une disproportion manifeste au sens de l'article 1221 du Code civil méconnaît les intérêts du débiteur. Autrement dit, ne pas se soucier du coût de la sanction pour l'autre partie serait contraire à l'exigence de bonne foi.

2) La conformité à l'exigence de bonne foi de l'exécution forcée manifestement disproportionnée

422. Inexistence d'un devoir du créancier de sacrifier ses intérêts.- L'idée selon laquelle l'exécution forcée manifestement disproportionnée contrevient à l'exigence de bonne foi peut être combattue de diverses manières. Ainsi, il est possible de douter de la réalité du devoir de sacrifier ses propres intérêts pour sauvegarder ceux de son cocontractant en rappelant les griefs adressés au courant solidariste⁸²¹. Ce dernier retient

⁸¹⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *op. cit.*, p. 178 (nous soulignons).

⁸²⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1506, p. 1664.

⁸²¹ V. essentiellement Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *préc.* ; du même auteur, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 879.

assurément une conception trop extensive de la notion de bonne foi, notamment à cause de son appréhension discutable du phénomène contractuel. Il a ainsi été relevé que, contrairement à ce que les solidaristes avancent, « [c]ontracter ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de "faire des affaires" »⁸²². Produit de la volonté de personnes rationnelles qui entendent donc maximiser leurs préférences personnelles, le contrat ne peut être que le lieu de rencontre d'intérêts divergents, voire antagonistes. Il n'est donc pas nécessaire de se départir de la vision traditionnelle du contrat afin d'en faire un lieu de fraternité ; « [s]eule cette prise de conscience permet d'éviter l'écueil de l'utopie contractuelle »⁸²³.

423. Considérer que la relation contractuelle suppose avant toute chose pour les contractants la poursuite de leurs intérêts respectifs – et non pas une coopération fraternelle – n'est pas sans incidence sur la détermination de ce qui relève de la bonne ou de la mauvaise foi. En effet, si la bonne foi s'apprécie à l'aune de ce qui est attendu du contractant dans l'exécution du contrat, il est difficile de caractériser la mauvaise foi du contractant qui se contente de défendre ses intérêts. Autrement dit, « la bonne foi ne commande pas de sacrifier son intérêt légitime pour défendre celui de son cocontractant »⁸²⁴ ou encore de « renoncer à un égoïsme contractuel naturel »⁸²⁵.

424. Le constat peut opportunément être replacé dans le cadre de l'exécution forcée manifestement disproportionnée : l'exigence de bonne foi n'oblige pas le créancier à renoncer à son intérêt, qu'il soit substantiel ou minime dans l'absolu, lorsque la mesure envisagée causerait à son débiteur un préjudice important⁸²⁶. L'assertion est d'autant plus vraie que l'intérêt en cause – au-delà de toute évaluation quantitative – constitue ni plus ni moins que la prestation promise initialement prévue par le contrat. Il faut rappeler, une

⁸²² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, n° 42, p. 47.

⁸²³ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 97, spéc. p. 122.

⁸²⁴ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 199, p. 164.

⁸²⁵ *Ibid.*, n° 200, p. 164. Adde Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 276, p. 263 et s.

⁸²⁶ Rappr. Civ. 1^{re}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, *D.* 2021, p. 89, note. C. Grimaldi ; *JCP G* 2020, 1409, note M. Mekki ; *Gaz. Pal.* 2 février 2021, p. 17, obs. C.-M. Péglion-Zika. L'arrêt précise que l'article 1218 du Code civil n'autorise pas le créancier à se prévaloir de la force majeure pour obtenir le remboursement du prix qu'il a versé. La solution inverse, que d'aucuns appelaient de leurs vœux au nom de l'exigence de bonne foi (M. Mekki, note préc., spéc. p. 2266), aurait conduit l'autre partie à sacrifier ses propres intérêts (recevoir le prix convenu).

nouvelle fois, que le créancier qui exerce son droit à l'exécution forcée n'entend pas user d'un droit satellite du contrat, mais bien du droit qui lui permet d'obtenir le cœur de l'accord conclu avec le débiteur. Or, il est difficile de voir dans quelle mesure l'exécution forcée contrevient à l'exigence de bonne foi – laquelle est au service de la force obligatoire du contrat – alors qu'elle vise simplement à assurer que le créancier obtienne ce pour quoi il a contracté. Cassin n'avait pas manqué de noter la relation qui existe entre l'exécution forcée et la bonne foi, l'auteur rattachant le droit à la sanction *in specie* à la force obligatoire du contrat et la bonne foi prévues à l'ancien article 1134 du Code civil⁸²⁷. En fin de compte, il existe effectivement une différence entre l'exception à l'exécution forcée portée par l'article 1221 du Code civil et l'exigence de bonne foi : cette dernière n'exige pas du créancier qu'il renonce à ses intérêts, surtout quand il s'agit simplement d'obtenir la prestation promise. Au contraire, la bonne foi plaide pour l'exécution forcée du contrat.

425. Divergence entre le critère de la bonne foi et le critère du contrôle de l'article 1221 du Code civil.- L'idée selon laquelle l'exécution forcée manifestement disproportionnée contrevient à l'exigence de bonne foi est également discutable en ce que le critère envisagé à l'article 1221 du Code civil ne semble pas correspondre à celui qui est habituellement mobiliser pour caractériser la mauvaise foi du contractant.

426. Un auteur, voulant mettre quelque ordre dans le maquis des manifestations de la bonne foi en matière contractuelle, a envisagé la possibilité d'utiliser le critère de la proportionnalité pour apprécier la bonne foi des contractants⁸²⁸. En d'autres termes, la mauvaise foi du contractant serait caractérisée lorsque son comportement lui procure un profit bien inférieur au mal qu'il inflige à l'autre partie. Les conclusions auxquelles aboutit l'auteur ne vont guère dans le sens d'un rapprochement entre le contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité et l'exigence de bonne foi⁸²⁹. La cause d'éloignement la plus significative, et qui mérite d'être reprise *in extenso*, est la suivante : « [é]tant purement économique, [le critère de proportionnalité] *démoralise* un cas de responsabilité

⁸²⁷ R. Cassin, *L'inexécution des contrats et ses suites*, *op. cit.*, p. 288 : « La réunion des (...) alinéas [1^{er} et 3^e de l'ancien article 1134 du Code civil] prouve qu'une obligation conventionnelle puise sa force dans la convention, *mais prouve comme effet premier en importance, le droit pour le créancier d'obtenir exactement ce qui lui a été promis* » (nous soulignons).

⁸²⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout, n° 222 et s., p. 199 et s.

⁸²⁹ *Ibid.*, n° 228 et s., p. 201 et s.

entièrement fondé sur des préoccupations d'ordre moral. Il pousse le juge à se désintéresser du comportement des parties pour ne plus procéder qu'à un calcul arithmétique, alors qu'invoquer la déloyauté d'un contractant n'a de sens que s'il s'agit de porter un jugement de valeur sur sa conduite. Autrement dit, il est pour le moins délicat de prétendre saisir un abus par déloyauté, faute morale, par le biais d'un critère économique et, partant, amoral, de proportionnalité »⁸³⁰.

427. Ainsi, l'idée de proportionnalité ne dit rien de la bonne ou de la mauvaise foi du contractant car il s'agit de deux sphères différentes. C'est en envisageant l'hypothèse d'une relation entre proportionnalité et bonne foi qu'il est possible de voir en quoi ces deux éléments ne sont pas conciliables, surtout dans la perspective du contrôle de l'exécution forcée. En effet, en application du contrôle de l'article 1221 du Code civil, il est possible qu'un créancier voit sa demande en exécution forcée rejetée en raison de son caractère manifestement disproportionné alors même qu'il dispose dans l'absolu d'un intérêt pour cette sanction – il suffit que le coût pour le débiteur soit bien plus important que cet intérêt. Est-ce que le comportement du créancier peut alors être jugé immoral, d'autant qu'il ne fait que réclamer la prestation prévue par le contrat ? Dans la mesure où le créancier dispose d'un intérêt pour obtenir la sanction *in specie*, lui reprocher une forme d'immoralité est discutable. Inversement, si la mauvaise foi du créancier se trouve réduite au seul critère de la disproportion manifeste, il est des comportements présentant une forme de déloyauté ou d'immoralité qui pourraient échapper à toute sanction judiciaire alors qu'ils mériteraient d'être appréhendés⁸³¹.

428. Conclusion.- Le créancier victime de l'inexécution du contrat et qui exige de son débiteur son exécution *in specie* alors que celle-ci apparaît manifestement disproportionnée n'agit pas de mauvaise foi. L'exigence de bonne foi n'oblige pas le créancier à renoncer à son propre intérêt pour sauvegarder celui de l'autre partie lorsqu'il recherche simplement l'obtention de la prestation promise. Plus encore, le constat d'une disproportion entre les intérêts des parties n'est pas habituellement envisagé en droit français comme un critère de la mauvaise foi d'un contractant : ce n'est pas parce que l'acte accompli fait plus de mal que de bien qu'il est possible de déceler chez le contractant une sorte de déloyauté.

⁸³⁰ *Ibid.*, n° 233, p. 204 (l'auteur souligne).

⁸³¹ Sur le recours à la théorie de l'abus de droit pour sanctionner ces comportements, v. *infra* n° 470 et s.

429. Conclusion du paragraphe.- La nouvelle exception à l'exécution forcée vient-elle grossir les rangs des hypothèses de contrôle des contractants visant à promouvoir la bonne foi au sein de la relation contractuelle ? Les éléments qui précèdent abondent dans le sens d'une réponse négative. En effet, la demande en exécution forcée n'est pas une prérogative contractuelle soumise au contrôle de la bonne foi, mais relève plutôt – en raison de sa fonction – de la substance du contrat, laquelle échappe à un tel contrôle. Plus encore, si les juges venaient à envisager la demande en exécution forcée comme une prérogative contractuelle soumise à un contrôle de la bonne foi, il ne semble pas que la disproportion manifeste de la sanction *in specie* soit de nature à porter atteinte à l'exigence de bonne foi, soit que cette dernière n'impose pas de renoncer à ses intérêts personnels, soit que le critère de l'exception ne trouve guère d'écho dans la caractérisation habituelle de la mauvaise foi.

430. Conclusion de la section.- Bien que la nouvelle exception à l'exécution forcée consiste en un contrôle de la volonté du créancier victime de l'inexécution, il n'est guère possible d'y voir une manifestation de l'exigence de bonne foi. Certes, la bonne foi est aujourd'hui une notion cardinale du droit des contrats et elle est visée dans nombre d'hypothèses où le juge contrôle le comportement des contractants. Toutefois, il est douteux que la demande en exécution forcée relève, à proprement parler, du comportement ou des prérogatives contractuelles soumises au contrôle du juge sur le terrain de la bonne foi. Pareillement, il est douteux que l'exigence de bonne foi soit véritablement violée lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. Finalement, pour ces deux raisons, il faut admettre que la nouvelle exception à l'exécution forcée admise par l'article 1221 du Code civil ne vise pas à promouvoir la bonne foi au sein du contrat en évinçant un comportement du créancier qui serait déloyal. Le constat n'est pas sans incidence : la proximité entretenue entre l'exigence de bonne foi et la théorie de l'abus de droit, tous deux puisant dans la morale, oblige à examiner la prétendue filiation entre la théorie précitée et la nouvelle exception à l'exécution forcée.

SECTION 2 : L'ABSENCE DE FILIATION AVEC LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT

431. Que le point de départ de l'analyse soit l'abus de droit⁸³² ou la bonne foi⁸³³, la proximité entre les deux institutions est systématiquement remarquée en matière contractuelle. Les deux notions ont effectivement été convoquées par la doctrine, les juges et le législateur pour tempérer la volonté trop déloyale ou littérale de certains contractants ; il s'agit à chaque fois d'éviter que le contrat, sans verser dans l'œuvre fraternelle, soit exempt de toute morale. Cette proximité entre la bonne foi et la théorie de l'abus de droit est de nature à précipiter l'examen d'une question qui avait été mise de côté à titre liminaire⁸³⁴ : la filiation entre le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit. Si ce contrôle doit être éloigné de la bonne foi, ne faut-il pas en faire de même avec la théorie de l'abus de droit ? Une réponse affirmative s'impose : à l'idée du rapprochement entre l'exception et la théorie de l'abus de droit (§1) s'oppose la réalité de l'éloignement entre l'exception et la théorie de l'abus de droit (§2).

§1 L'IDEE DU RAPPROCHEMENT ENTRE L'EXCEPTION ET LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT

432. La nouvelle exception à l'exécution forcée évoquée par l'article 1221 du Code civil peut-elle être réduite à une simple application de la théorie de l'abus de droit ? De nombreuses manifestations d'un tel rapprochement (A) existent, rendant nécessaire l'exposé de ses raisons (B).

A) LES MANIFESTATIONS DU RAPPROCHEMENT

433. Le juge qui procéderait à un contrôle de l'exécution forcée et qui conclurait à son exclusion au regard de son caractère manifestement disproportionné appliquerait-il la théorie de l'abus de droit ? L'idée point dans diverses sources contemporaines à la réforme

⁸³² V. par ex. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 53 et s., p. 58 et s.

⁸³³ V. par ex. R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 156 et s., p. 131 et s.

⁸³⁴ V. *supra* n° 33.

du droit des contrats (1), lesquelles ont été inspirées par des sources antérieures à la réforme (2).

1) Les sources contemporaines à la réforme du droit des contrats

434. Rapport au Président de la République.- « [T]echnique de clarification extérieure à la norme elle-même »⁸³⁵, le *Rapport au Président* qui accompagne l'ordonnance réformant le droit des contrats a formalisé le lien entre l'exception visée à l'article 1221 du Code civil et la théorie de l'abus de droit⁸³⁶. Après avoir présenté cette exception, le *Rapport au Président* précise qu'elle « s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue »⁸³⁷. Ainsi, dans l'esprit des auteurs de la réforme du droit des contrats, il y aurait une assimilation entre le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dorénavant gravé dans le marbre du Code civil et le contrôle de l'abus du droit de demander l'exécution forcée, la préférence pour la première formulation s'expliquant par la volonté de guider le juge dans son office.

435. Doctrine.- S'il n'est guère possible, à l'heure actuelle, de mesurer avec suffisamment de précision la réception du rapprochement entre la nouvelle exception et la théorie de l'abus de droit chez les juges, il en va différemment en doctrine. En effet, certains auteurs – regrettant les difficultés liées à l'application de l'exception – ont retenu que « le simple recours à la théorie de l'abus de droit aurait largement suffi à limiter le droit du créancier d'obtenir l'exécution forcée »⁸³⁸. Néanmoins, peut-être que ce recours aurait été plus « simpliste » que « simple », car les difficultés n'auraient été que déplacées : c'est que la théorie de l'abus de droit n'est pas non plus d'une application aisée. D'autres auteurs, plus nombreux, ont repris sans discussion le rapprochement proposé par le *Rapport au Président*, notant qu'entre la nouvelle exception et l'abus de droit, « [i]l s'agit bien de la même idée : si, par rapport au coût d'exécution, l'intérêt du créancier est minime ou nul,

⁸³⁵ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 34, p. 29.

⁸³⁶ Sur la valeur du *Rapport au Président de la République*, v. supra n° 29.

⁸³⁷ *Rapport au Président*, op. cit., p. 31.

⁸³⁸ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, op. cit., n° 962, p. 697.

son exigence d'une exécution en nature caractérise un abus »⁸³⁹. Enfin, adhérant au rapprochement fait entre l'exception et la théorie de l'abus, d'aucuns ont considéré que la première réalisait « une mise en forme arithmétique de l'abus, mû en une disproportion dont le contrôle judiciaire est dans l'air du temps »⁸⁴⁰. Ce phénomène de réception s'explique en partie par le fait qu'une partie de la doctrine avait, bien avant la réforme du droit des contrats, convoqué la théorie de l'abus de droit pour tempérer la volonté du créancier demandant l'exécution forcée.

2) Les sources antérieures à la réforme du droit des contrats

436. Doctrine.- Les décisions assurant la primauté de l'exécution forcée – alors même que la sanction semblait être manifestement disproportionnée – n'ont pas seulement attiré l'approbation des auteurs ayant à cœur la défense de la force obligatoire du contrat. D'autres, certes moins nombreux, ont regretté cette « rigueur excessive »⁸⁴¹ et ont envisagé comme palliatif le recours à la théorie de l'abus de droit : « [u]n autre tempérament est *a priori* envisageable afin de modérer l'exercice du droit à l'exécution en nature des obligations de comportement : il s'agit de la théorie de l'abus de droit »⁸⁴². Il s'agissait alors de s'inspirer de l'exemple belge⁸⁴³. Plus particulièrement, il y aurait abus quand « l'exécution en nature [est] extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt (...) alors qu'une condamnation à dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate »⁸⁴⁴. Assez directement, une partie de la doctrine – une quinzaine d'années avant la réforme et le *Rapport au Président* – invitait le juge à mobiliser la théorie de l'abus de droit en pratiquant un contrôle confrontant l'intérêt du créancier et le coût de la sanction du débiteur⁸⁴⁵. Si cette invitation a été formulée par la doctrine, c'est

⁸³⁹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, n° 377, p. 315. *Adde* not. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 1018, p. 790 ; D. Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477, spéc. n° 12.

⁸⁴⁰ J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 630, p. 479.

⁸⁴¹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 382, p. 277.

⁸⁴² G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *préc.*, spéc. n° 17, p. 183.

⁸⁴³ *V. supra* n° 193 et s.

⁸⁴⁴ G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *préc.*, spéc. n° 17, p. 183.

⁸⁴⁵ La relation entre le principe de proportionnalité et la théorie de l'abus de droit de manière générale avait déjà fait l'objet d'interrogations : v. M. Béhar-Touchais, « Rapport introductif », *préc.*

logiquement dans la mesure où la jurisprudence se refusait à se saisir de la théorie de l'abus de droit pour contrôler la demande du créancier victime de l'inexécution.

437. Jurisprudence.- Comme certains ont pu le relever, « la doctrine est toujours en quête d'illustration »⁸⁴⁶ de l'application positive de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée⁸⁴⁷. Tous les arrêts de la Cour de cassation antérieurs à la réforme et qui admettent l'exécution forcée – alors que celle-ci serait potentiellement, quoique pas nécessairement, écartée aujourd'hui en raison de son caractère manifestement disproportionné – sont autant de témoignages en creux du rejet de l'application positive de la théorie de l'abus de droit. Pour trouver une application connue – mais qui demeure isolée à l'aune de la jurisprudence d'autres cours d'appel et de celle des juges du quai de l'Horloge – de la théorie précitée, il faut se tourner vers une décision de la cour d'appel de Pau⁸⁴⁸.

438. En l'espèce, une société exploitant une station-service a dénoncé le contrat qui la liait à son fournisseur, ce dernier réclamant alors la restitution des cuves souterraines en vertu du contrat de prêt à usage. La société exploitant la station-service, au regard des frais importants de l'opération de restitution *in specie*, proposa au fournisseur de lui offrir des cuves neuves ou leur valeur. Le fournisseur refusa l'offre précitée, précipitant la saisine du juge pour régler le différend. La cour d'appel de Pau donna raison à la société exploitant la station-service dans la mesure où la demande de l'autre partie était constitutive d'un abus de droit. En effet, il n'avait pas échappé aux juges du fond que le respect de la lettre du contrat aurait coûté au pompiste la somme de 18 300 francs correspondant à l'extraction des cuves ainsi qu'à l'achat de nouvelles, tout en conférant au fournisseur un intérêt très modeste estimé à 1 000 francs et correspondant à la valeur de casse des cuves non-

⁸⁴⁶ Th. Genicon, obs. sous Civ. 3^e, 16 juin 2005, n° 14.14-612 et n° 14-12.548, *RDC* 2015/4, p. 839.

⁸⁴⁷ G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », préc., spéc. n° 17, p. 183.

⁸⁴⁸ CA Pau, 15 février 1973, *JCP* 1973, II, 17584, note J. B. ; *RTD civ.* 1974, p. 152, obs. G. Durry.

réutilisables⁸⁴⁹. Or, ces faits révéleraient pour ces mêmes juges un abus de droit : « il y a abus de droit lorsque le droit légal ou contractuel, à l'application ou à l'exécution duquel le demandeur vient prétendre, apparaît tout à la fois inutile pour lui-même et préjudiciable au défendeur, cette conjonction révélant l'intention de nuire ». La cour procède donc à un contrôle de la disproportion entre le coût de la sanction et l'intérêt qu'elle procure pour révéler l'intention de nuire du demandeur et ainsi établir le caractère abusif de sa demande.

439. En définitive, une fois au moins, une décision des juges du fond antérieure à la réforme du droit des contrats a rapproché contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et abus de droit. L'exemple est toutefois demeuré isolé et n'a pas inspiré la doctrine qui appelait de ses vœux l'application de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée. En effet, si une source d'inspiration doit être trouvée, c'est sans doute davantage du côté du droit comparé, et de l'exemple belge en particulier.

440. Conclusion.- A considérer le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée – hypothétique avant la réforme du droit des contrats et de droit positif à sa suite –, il semblerait bien qu'aux yeux d'un certain nombre d'acteurs, il ne s'agisse que d'une application de la théorie de l'abus de droit. Le nombre des manifestations du rapprochement entre le contrôle et la théorie précités n'empêche toutefois pas d'en explorer les raisons.

B) LES RAISONS DU RAPPROCHEMENT

441. Si le rapprochement entre le contrôle de la disproportion manifeste et la théorie de l'abus de droit séduit nombre d'auteurs, c'est « [qu'a] *priori*, rien ne semble s'opposer à la mise en œuvre de ce mécanisme de contrôle de l'exercice des droits subjectifs qui possède, en droit français, un domaine d'application très large »⁸⁵⁰. L'assertion devant être vérifiée,

⁸⁴⁹ Les chiffres du litige laissent à penser que la solution retenue est parfaitement cohérente d'un point de vue économique, bien que les juges du fond semblaient ici avant tout motivés par une démarche moraliste – c'est la caractérisation de l'intention de nuire du fournisseur, lequel entendait simplement faire pression sur son cocontractant, qui était recherchée. Si l'exécution forcée de l'obligation de restitution avait été prononcée, le débiteur aurait dépensé 18 300 francs (extraction des cuves et achat de nouvelles) pour créer 1 000 francs de richesses (prix de casse des anciennes cuves) ; si l'exécution forcée de l'obligation de restitution avait été rejetée, le débiteur aurait dépensé 7 750 francs (coût des cuves neuves données au fournisseur) pour « créer » 6 750 francs de richesses (valeur des cuves neuves données au fournisseur réutilisables par ailleurs moins la valeur de casse des anciennes cuves). Si la restitution *in specie* avait été ordonnée, il y aurait gaspillage des ressources et donc inefficience d'un point de vue économique puisque moins de richesses seraient créées en dépensant davantage.

⁸⁵⁰ G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », préc., spéc. n° 17, p. 183.

il s'agit de savoir si l'exécution forcée se prête effectivement au contrôle de l'abus de droit. Or il semble bien que le fait de demander l'exécution forcée puisse s'entendre comme un droit relevant du domaine de cette théorie (1). Au-delà, le contrôle de la disproportion manifeste et l'abus se rejoignent également dans leurs conséquences (2).

1) L'exécution forcée : un droit relevant du domaine de la théorie de l'abus de droit

442. L'exécution forcée : un droit.- Bien que la théorie de l'abus de droit compte parmi les outils de contrôle du comportement *lato sensu* des individus à l'intérieur comme à l'extérieur de la sphère contractuelle, il ne faut pas nécessairement la voir derrière toute manifestation d'un tel contrôle. Autrement dit, il existe un domaine spécifique à l'abus de droit⁸⁵¹.

443. La première exigence pour qu'un comportement s'expose au contrôle de l'abus de droit est que ce comportement soit *un droit*. L'évidence ne doit pas tromper : la question a fait couler beaucoup d'encre au regard de la difficile identification de ce qu'est un droit. Faut-il, notamment, ranger derrière ce terme les libertés – elle sont nombreuses et de diverses natures – reconnues aux individus ? Pour la plupart des auteurs, la réponse négative doit s'imposer, sans quoi la théorie de l'abus de droit se confondrait avec la responsabilité civile. Afin de faire le départ entre les prérogatives juridiques soumises à la théorie précitée et celles, notamment les libertés, qui lui échappent, un critère de précision a été avancé⁸⁵² : alors qu'une prérogative vaguement déterminée n'entraîne pas un présupposé de licéité, celle accordée avec une précision suffisante par l'autorité normative engendre à la fois un tel présupposé et autorise un contrôle autrement plus fin que celui de la responsabilité civile. Le critère de la précision de la prérogative étant « d'un emploi délicat »⁸⁵³, certains préfèrent que la théorie de l'abus de droit s'arrête aux seuls droits subjectifs⁸⁵⁴. Les frontières de ces derniers étant elles-mêmes âprement débattues, la

⁸⁵¹ J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 622 et s., p. 468 et s.

⁸⁵² *Ibid.*, n° 625, p. 469 et s.

⁸⁵³ L. Cadiet et Ph. le Tourneau, *V° « Abus de droit »*, in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2015, n° 10.

⁸⁵⁴ V. par ex. H. Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365, spéc. p. 372 et s. L'auteur ajoute encore que seuls sont susceptibles d'abus les droits patrimoniaux et économiques, par opposition aux droits qui relèvent du droit de la famille.

difficulté pourrait n'être que déplacée. Au vrai, l'appui du droit subjectif paraît plus stable, notamment à s'en tenir à la définition qu'en donne le *Vocabulaire juridique*, un droit subjectif étant alors une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »⁸⁵⁵.

444. La théorie de l'abus de droit ne pouvant être mobilisée que pour contrôler l'exercice d'un droit subjectif, il importe pour le présent propos de déterminer si l'exécution forcée de l'obligation inexécutée est un droit subjectif. Le contrat fait naître un droit subjectif, le droit de créance, qui est particulier en ce qu'il constitue une emprise sur autrui : « le sujet est investi du pouvoir d'exiger d'une personne déterminée l'exécution d'une prestation »⁸⁵⁶. En cette hypothèse, la liberté d'autrui n'est pas *logiquement* limitée par l'existence d'un droit subjectif, elle est *spécialement* limitée par le droit de créance dont le titulaire dispose à l'égard d'autrui. Il est aisé de deviner que la demande en exécution forcée joue un rôle de premier plan dans le cadre du droit de créance puisque, notamment par rapport à d'autres prérogatives juridiques, c'est elle qui est la plus liée avec la prestation convenue entre le créancier et le débiteur. De là à dire que la demande en exécution forcée n'est qu'un dérivé du droit de créance, il n'y a qu'un pas que la primauté établie de cette sanction permet de franchir. En effet, l'absence de contrôle général de l'opportunité de l'exécution forcée – avant comme après la réforme du droit des contrats – fait de cette sanction un droit pour le créancier victime de l'inexécution, droit au service du droit de créance. Le droit de demander l'exécution forcée – l'inexécution créant un présupposé de légitimité de ce droit – peut donc effectivement être analysé comme un droit subjectif soumis, à ce titre, au contrôle de l'abus de droit.

445. L'exécution forcée : un droit non discrétionnaire.- Établir que l'exécution forcée est un droit ne fait pas forcément rentrer la sanction dans le champ d'application de la théorie de l'abus de droit. En effet, il est des droits qui résistent encore et toujours à la théorie précitée. Rouast relevait ainsi que « pour certains droits on ne saurait parler d'abus ; aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite : ce sont des

⁸⁵⁵ Association Capitant et G. Cornu (dir.), *V° « Droit »*, in *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

⁸⁵⁶ J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé, *Introduction générale*, t. 1, *op. cit.*, n° 286, p. 224.

droits discrétionnaires »⁸⁵⁷. Faire le départ entre les droits contrôlés et les droits discrétionnaires n'est guère aisé, les auteurs ne s'accordant ni sur les exemples, ni sur le critère de distinction permettant de mettre de l'ordre dans la matière⁸⁵⁸. Plus encore, il semble difficile de déduire le caractère discrétionnaire d'un droit simplement du fait qu'aucune mise en œuvre prétorienne ne puisse être trouvée. La non-application positive de la théorie de l'abus de droit à une prérogative dans les prétoires ne s'explique pas nécessairement par son caractère discrétionnaire. Face à ces difficultés à cerner la catégorie des droits discrétionnaires, certains ont plaidé en faveur de sa disparition, « l'existence d'un domaine échappant à la théorie de l'abus de droit en raison du caractère discrétionnaire des prérogatives accordées aux particuliers se justifi[ant] assez mal »⁸⁵⁹.

446. Le droit à l'exécution forcée est-il un droit discrétionnaire ? Une réponse négative devrait être apportée. La relativité du droit à l'exécution forcée pourrait résulter du rejet pur et simple de la catégorie des droits discrétionnaire, ce qui devrait être le cas⁸⁶⁰. Même si l'existence de cette catégorie était admise, il faudrait également admettre la relativité de ce droit⁸⁶¹. À ce titre, il importe peu que les recueils de jurisprudence de la Cour de cassation n'évoquent pas d'applications positives de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée, et il faut regretter certaines présentations qui suggèrent le contraire⁸⁶². De même, « affirmer que l'exécution en nature est une suite de la force obligatoire du contrat ne signifie pas qu'elle est un droit discrétionnaire attaché à la qualité de créancier »⁸⁶³. Pour envisager la question du caractère discrétionnaire du droit de l'exécution forcée, il faut *a priori* se tourner vers les critères parfois avancés pour justifier qu'un droit ressort du seul jugement de son titulaire⁸⁶⁴, même s'il a été relevé que ces

⁸⁵⁷ A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1, spéc. n° 1, p. 1 (l'auteur souligne).

⁸⁵⁸ V. not. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 632, p. 482 et s.

⁸⁵⁹ *Contra* D. Roets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92.

⁸⁶⁰ En ce sens, *adde* L. Cadet et Ph. Le Tourneau, *V° « Abus de droit »*, préc., n° 13 : « La catégorie des droits discrétionnaires est fondamentalement un non-sens, dès lors qu'il est admis que les droits subjectifs n'existent qu'en raison de la protection que le droit objectif leur accorde ».

⁸⁶¹ En ce sens, v. not. G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, *op. cit.*, n° 268, p. 350 et s.

⁸⁶² J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 630, p. 479 : « [l]e droit de demander l'exécution forcée d'une obligation, *longtemps considéré comme discrétionnaire*, en ce que l'inexécution la plus minimale, relative notamment à la construction d'un ouvrage, pouvait justifier une décision de destruction pour reconstruction conformément aux plans initiaux » (nous soulignons).

⁸⁶³ N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », préc., n° 18.

⁸⁶⁴ Sur ces critères, évoquant toutefois leur impossibilité d'expliquer toutes les solutions, v. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 632, p. 482 et s.

critères ne sont pas parfaitement opérationnels et que la décision de qualifier un droit de discrétionnaire est une décision qui mêle opportunité et tradition historique⁸⁶⁵. Josserand évoquait le fait que la précision importante des contours du droit litigieux par le législateur avait pour effet de repousser l'intervention judiciaire⁸⁶⁶. Ripert, quant à lui, voyait dans l'appel à l'appréciation personnelle du titulaire du droit un commandement fait au juge de ne pas apprécier la régularité de son usage⁸⁶⁷. La réunion de ces deux critères pourrait *a priori* faire tomber le droit à l'exécution forcée dans la catégorie des droits discrétionnaires : l'article 1221 du Code civil fixe des limites au droit du créancier – il faut une inexécution de la part du débiteur, une mise en demeure et que la mesure sollicitée soit possible – et il appartient au créancier d'apprécier l'opportunité de la sanction qu'il demande à travers l'exercice de son droit d'option. Toutefois, ces limites légales sont-elles si précises et l'appréciation du créancier renvoie-t-elle à sa conscience ? Rien n'est moins certain. Par exemple, il est difficile de voir un quelconque parallèle entre le processus psychologique du créancier qui exige l'exécution *in specie* du contrat de construction portant sur une piscine et celui des ascendants qui s'opposent au mariage de leur enfant, même majeur, sans contrôle du juge⁸⁶⁸.

447. En définitive, la tendance à la relativité des droits subjectifs et l'absence de justification spécialement convaincante qui ferait de l'exécution forcée un droit discrétionnaire plaident en faveur de la soumission de ce droit à la théorie de l'abus de droit. L'exécution forcée étant un *droit* qui peut être qualifié de *non-discrétionnaire*, le rapprochement opéré entre la théorie de l'abus de droit et le contrôle de la disproportion manifeste de cette sanction se comprend davantage. Le sentiment se confirme quand sont comparées les conséquences des deux instruments.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939, n° 306, p. 416.

⁸⁶⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 100, p. 174 et s.

⁸⁶⁸ Art. 173 et 179 C. civ.

2) Les conséquences de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et de l'abus de droit : neutralisation de la mise en œuvre du droit

448. Rapprochement des conséquences.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit peuvent être rapprochés dans la mesure où ils conduisent à la même sanction : la neutralisation du droit invoqué. L'assertion est *a priori* susceptible de décontenancer car, « partie intégrante du droit de la responsabilité civile »⁸⁶⁹, l'abus de droit est tourné vers la réparation du préjudice causé par l'exercice du droit. Cela ne signifie pas, même si l'hypothèse est dominante, que la sanction de l'abus de droit résulte uniquement dans le paiement de dommages-intérêts : il est des sanctions qui se rattachent à la réparation en nature et que le juge peut mobiliser en réponse à l'abus commis par le titulaire du droit. Il faut toutefois admettre que « la théorie de l'abus de droit dépasse très largement le droit de la responsabilité civile »⁸⁷⁰, de sorte que d'autres sanctions sont à découvrir. En matière contractuelle, notamment, la sanction tirée de l'inefficacité ou de la neutralisation du droit exercé abusivement est particulièrement efficace⁸⁷¹. Ainsi, lorsqu'une partie au contrat entend exercer une prérogative juridique unilatéralement ou avec le concours du juge, ce dernier pourra priver d'efficacité cette prérogative lorsqu'un abus est constaté.

449. Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée semble tendre vers la même issue. En effet, les termes de l'article 1221 du Code civil indiquent que le créancier qui demanderait au juge une exécution forcée manifestement disproportionnée verrait sa demande rejetée, l'usage du droit dont il est *a priori* un titulaire légitime étant alors privé d'efficacité⁸⁷². En somme, le contrôle de l'article 1221 précité et la théorie de l'abus de droit peuvent effectivement être rapprochés sur le terrain de leurs sanctions.

450. Conclusion.- Le rapprochement opéré entre la théorie de l'abus de droit et le contrôle de l'exécution forcée s'explique par divers points de convergence. L'exécution forcée pouvant être envisagée comme un droit non-discrétionnaire, l'application de la

⁸⁶⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 972, p. 1094.

⁸⁷⁰ L. Cadet et Ph. le Tourneau, *V° « Abus de droit », préc.*, n° 38.

⁸⁷¹ V. par ex. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 789 et s., p. 577 et s., l'auteur réservant cette sanction pour l'abus de prérogative contractuelle et non pas l'abus par déloyauté.

⁸⁷² Une autre sanction de l'inexécution devrait malgré tout être prononcée afin d'assurer le respect de la force obligatoire : v. *infra* n° 869 et s.

théorie de l'abus de droit à la sanction de l'inexécution est envisageable. Or, de là à assimiler la nouvelle exception à la théorie séculaire, il n'y a qu'un pas que plusieurs auteurs et le *Rapport au Président de la République* ont franchi.

451. Conclusion du paragraphe.- Et si le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée inauguré par l'article 1221 du Code civil était une fausse-innovation ou encore une simple formalisation de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée ? Telle est l'analyse dominante en doctrine. Il est vrai que le rapprochement entre le contrôle précité et la théorie de l'abus de droit repose sur un certain nombre de similitudes entre les deux éléments comparés. Si rien n'empêche l'exécution forcée de se soumettre à la théorie de l'abus de droit et que le contrôle de la disproportion manifeste limite le droit à l'exécution forcée du créancier, c'est que ce dernier contrôle n'est qu'un détour pour évoquer la théorie de l'abus de droit. N'est-ce pas toutefois aller trop vite ? Ne faut-il pas admettre, avec d'autres auteurs, que la « référence implicite à l'abus de droit (...) *ne va pas de soi* »⁸⁷³ et prolonger l'analyse ? A suivre cette démarche, l'idée de rapprochement entre la théorie de l'abus de droit et l'exception à l'exécution forcée se trouve remplacée par une réalité, celle de l'éloignement entre les deux éléments.

§2 LA REALITE DE L'ELOIGNEMENT ENTRE L'EXCEPTION ET LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT

452. Pour que l'idée d'un rapprochement entre la théorie de l'abus de droit et le contrôle de l'article 1221 du Code civil se concrétise, il ne suffit pas de relever la conciliation des domaines et des conséquences de ces mécanismes. En effet, encore faut-il observer la même dynamique concernant leurs critères de mise en œuvre⁸⁷⁴. Or, pour qui envisage les critères de l'abus de droit en matière contractuelle et celui de l'exception à l'exécution forcée, il paraît plus opportun de conclure à l'éloignement des deux mécanismes. Il s'agit alors de relever l'existence d'une différence de critère entre la nouvelle exception à

⁸⁷³ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2016, p. 487 (nous soulignons) (la remarque n'est plus présente dans la seconde édition de l'ouvrage). *Adde* L. Thibierge, « Effets du contrat », *AJ contrats* 2018, p. 266 : « [m]ais, à la réflexion, notre créancier abuse-t-il véritablement de son droit au seul motif que la reconstruction est excessivement coûteuse ? ».

⁸⁷⁴ Sur la proportionnalité comme critère de l'abus de droit, v. récemment B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », *RTD civ.* 2022, p. 1.

l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit (A), différence qu'il est opportun de maintenir (B).

A) L'EXISTENCE D'UNE DIFFERENCE DE CRITERE ENTRE L'EXCEPTION ET L'ABUS DE DROIT

453. Si la nouvelle exception à l'exécution forcée était une déclinaison de la théorie de l'abus de droit, il devrait s'en suivre une sorte de correspondance entre les hypothèses où l'exécution forcée est rejetée pour disproportion manifeste au sens de l'article 1221 du Code civil et celles où l'abus de droit serait susceptible de jouer également. Inversement, il faudrait exclure le rapprochement présenté plus tôt si l'exécution forcée venait à être rejetée par application du contrôle de l'article 1221 du Code civil, sans que cela ne soit suffisant sur le terrain de l'abus de droit. Assez clairement, une comparaison des critères s'impose. L'entreprise est des plus délicates car l'identification du critère qui déclenche la sanction de l'abus de droit est sans doute l'aspect le plus discuté de la théorie⁸⁷⁵. Pour certains auteurs, le juge ne peut condamner le titulaire d'un droit que s'il en fait un usage dans l'intention de nuire à autrui⁸⁷⁶. Pour d'autres, adoptant une approche finaliste, chaque droit dispose d'une fonction sociale de sorte que celui qui se détourne de cette fonction commet un abus⁸⁷⁷. Aucune des deux positions n'ayant remporté la victoire en doctrine comme en jurisprudence, il semblerait opportun de comparer ces deux critères à celui évoqué par l'article 1221 du Code civil. La démarche négligerait toutefois les fruits d'une étude remarquable consacrée à *L'abus dans le contrat*⁸⁷⁸. L'auteur de cette étude distingue plusieurs formes d'abus de droit en matière contractuelle qui pourraient être fort utiles à l'occasion de la comparaison qu'il s'agit d'opérer : l'abus par déloyauté caractérisé par l'intention de nuire (1), l'abus par déloyauté caractérisé par le manquement à la bonne foi (2) et l'abus de prérogative contractuelle (3)⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Pour une vue d'ensemble sur les critères avancés en doctrine et leur réception en jurisprudence, v. not. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 639 et s., p. 490 et s.

⁸⁷⁶ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 90 et s., p. 159 et s.

⁸⁷⁷ V. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, spéc. n° 264 et s., p. 364 et s.

⁸⁷⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, *op. cit.*

⁸⁷⁹ L'auteur ajoute à ces trois formes l'abus de la liberté contractuelle, notamment en jeu lorsqu'il s'agit d'étudier les clauses abusives, mais qui est peu intéressant pour le présent propos. Sur cet abus, v. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 348 et s., p. 293 et s.

1) La comparaison du critère de l'exception avec celui de l'abus par déloyauté caractérisé par l'intention de nuire

454. Consensus autour de la sanction de l'intention de nuire.- En matière contractuelle – comme en dehors de cette matière –, il semble exister une forme de concorde autour du fait que l'exercice d'une prérogative juridique avec l'intention de nuire ou avec malice appelle une sanction⁸⁸⁰. Même les auteurs qui, tel Ripert, s'opposaient au développement d'une théorie de l'abus de droit, admettaient que la responsabilité du titulaire du droit soit engagée en cas d'exercice *animo nocendi* de celui-ci⁸⁸¹. En cette matière, l'intention de nuire semble devoir être comprise comme la volonté de causer le dommage, mais plus encore « [i]l faut que le dommage infligé l'ait été *ad hominem*, non pour lui-même mais pour l'état d'inquiétude (perte de tranquillité) dans lequel il plonge celui qui le subit »⁸⁸² et « [qu'a]u-delà d'un éventuel préjudice, l'agent cherche à tourmenter la victime »⁸⁸³.

455. Particularisme de la caractérisation de l'intention de nuire : approche subjective appuyée par des indices objectifs.- La particularité de la faute de malice se reflète-t-elle dans la manière de la caractériser ? Assurément, l'appréciation de l'intention de nuire se fait *in concreto*, le juge devant avoir l'intime conviction que le titulaire du droit a agi dans le but de blesser l'autre⁸⁸⁴. Tout aussi assurément, la démarche est de nature à plonger le processus d'appréciation dans une certaine casuistique, laquelle a conduit au développement de l'idée du recours à des critères objectifs. Parmi ces critères objectifs, celui qui a le plus les honneurs est celui du défaut d'utilité : « le but malfaisant sera révélé par l'inutilité de l'acte »⁸⁸⁵. Le critère du défaut d'utilité, partagé par nombre d'auteurs, a également eu l'occasion de séduire certains juges, y compris ceux de la cour d'appel de Pau qui refusaient de prononcer l'exécution forcée en raison de son caractère abusif : « il y a abus de droit lorsque le droit légal ou contractuel, à l'application ou à l'exécution duquel

⁸⁸⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 17 et s., p. 28 et s.

⁸⁸¹ V. not. G. Ripert, « Abus ou relativité des droits (à propos de l'ouvrage de M. Josserand) », *Rev. crit. de légis. et de juris.* 1929, p. 33, spéc. n° 15.

⁸⁸² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 42, p. 49.

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ En ce sens, v. *ibid.* n° 181 et s., p. 170 et s.

⁸⁸⁵ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 97, p. 171.

le demandeur vient prétendre, apparaît tout à la fois inutile pour lui-même et préjudiciable au défendeur, *cette conjonction révélant l'intention de nuire* »⁸⁸⁶. Pour autant, la critique contre ce critère d'appréciation de l'intention de nuire a été faite, la doctrine relevant que la détermination de ce qui est inutile renvoie toujours à une démarche subjective du juge proche de l'intime conviction⁸⁸⁷. Plus encore, selon cette même doctrine, le défaut d'utilité serait moins un *critère* d'appréciation liant le juge qu'un *indice* parmi d'autres, renseignant sur l'intention de nuire du titulaire du droit⁸⁸⁸. En définitive, il paraît difficile d'aller au-delà de la recherche *in concreto* de l'intention malicieuse lorsqu'il s'agit de présenter le critère de cet abus par déloyauté.

456. Différence entre la caractérisation de l'intention de nuire et celle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- Le critère de l'abus par déloyauté présenté, le rapprochement avec celui mis en œuvre dans le cadre de la nouvelle exception à l'exécution forcée est-il toujours possible ? La réponse négative s'impose dans les deux hypothèses où l'exception précitée est susceptible de jouer : lorsque le créancier dispose d'un intérêt et lorsqu'il ne dispose pas d'un intérêt.

457. Dans la première hypothèse, l'exécution forcée peut être rejetée en application de l'article 1221 du Code civil *alors même que le créancier dispose dans l'absolu d'un intérêt à l'obtenir* ; il suffit que le coût de la sanction pour le débiteur de bonne foi soit bien plus important afin qu'une disproportion manifeste soit constatée. Difficile dans ce rapport de proportionnalité de déceler l'intention de nuire du créancier : l'existence d'un intérêt laisse à penser qu'il n'agit pas dans l'intention de causer un préjudice au débiteur, mais bien plutôt en premier lieu afin d'obtenir un avantage. Pourtant, la demande du créancier sera rejetée en application du contrôle introduit par l'ordonnance du 10 février 2016, ce qui remet en cause la prétendue filiation entre ce contrôle et la théorie de l'abus de droit.

⁸⁸⁶ CA Pau, 15 février 1973, préc. (nous soulignons). Rappr. Civ. 3^e, 3 mars 2010, n° 08-19.108, *D.* 2010, p. 2183, obs. B. Mallet-Bricout : « Attendu, d'autre part, que la cour d'appel, qui a retenu que la valeur d'un forage à productivité réduite relevait de la seule appréciation des époux X... et qu'il ne résultait de ce forage ni absence d'utilité, ni intention de nuire, ni dommage causé à la SEM, a pu en déduire qu'aucun abus du droit de propriété n'était établi » (nous soulignons).

⁸⁸⁷ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 201 et s., p. 184 et s.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, n° 208 et s., p. 189 et s.

458. Dans la seconde hypothèse, *l'intérêt du créancier est inexistant ou minime dans l'absolu*, l'exécution forcée sera rejetée s'il existe une disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de la sanction – la caractérisation de la disproportion manifeste sera bien plus aisée, quoique non automatique. Ici, il est naturel de voir poindre la question du défaut total d'utilité de l'acte et d'opérer une transposition : le défaut d'intérêt de l'exécution forcée pour le créancier établirait le fait que la demande procède d'une véritable intention de nuire⁸⁸⁹. Néanmoins, il faut encore rappeler que le défaut d'utilité ou d'intérêt dans l'exercice d'un droit est tout au plus un *indice* de l'intention de nuire, et non pas son *critère*. Cela signifie qu'identifier le défaut d'utilité n'est qu'un premier pas vers la caractérisation de l'intention de nuire et donc de l'abus de droit. Il est tout à fait envisageable que d'autres éléments du litige viennent convaincre le juge que le contractant n'a pas agi avec l'intention de nuire à l'autre partie. Il en va différemment dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil pour lequel le défaut d'intérêt est suffisant s'il fait apparaître une disproportion manifeste entre les intérêts en présence : il n'est guère nécessaire pour le juge de rechercher d'autres indices pour écarter le droit à l'exécution forcée.

459. En définitive, il faut constater l'absence de correspondance entre les hypothèses où l'exécution forcée est rejetée pour disproportion manifeste au sens de l'article 1221 du Code civil et celles où l'abus de droit pour déloyauté causé par l'intention de nuire serait susceptible de jouer. Ce défaut de correspondance s'explique par une différence dans les critères entre les deux mécanismes, laquelle trouve elle-même sa source dans le fait que l'abus caractérisé par l'intention de nuire de l'opérateur relève d'une logique éminemment subjective et psychologique, alors que le contrôle de la disproportion manifeste procède essentiellement d'une démarche objective et économique. Ainsi, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ne peut constituer une déclinaison de la théorie de l'abus de droit pour déloyauté causé par l'intention de nuire.

⁸⁸⁹ Rapp. CA Pau, 15 février 1973, préc.

2) La comparaison du critère de l'exception avec celui de l'abus par déloyauté caractérisé par l'atteinte à l'exigence de bonne foi

460. La demande en exécution forcée même manifestement disproportionnée ne méconnaît pas l'exigence de bonne foi (renvoi).- Il serait réducteur de rechercher la déloyauté du contractant seulement dans la question de l'intention de nuire : le contrat ne pousse pas seulement les contractants à s'épargner des méchancetés, il suppose également que les parties œuvrent dans le sens de la bonne exécution de l'accord. En d'autres termes, l'abus ne serait pas seulement caractérisé par l'intention malicieuse d'une partie, mais également par son comportement contraire à l'exigence de bonne foi⁸⁹⁰.

461. Les conclusions dégagées plus tôt quant à la contrariété à la bonne foi de l'exécution forcée manifestement disproportionnée doivent être reprises ici. À ce sujet, il a été établi que le créancier qui réclame une telle exécution forcée ne méconnaît pas l'exigence de bonne foi⁸⁹¹. Pour rappel, cette exigence tournée vers la bonne exécution du contrat ne suppose pas du créancier qu'il sacrifie son intérêt propre pour protéger le débiteur, surtout lorsque cet intérêt consiste dans le fait d'obtenir la prestation promise. Il s'agit donc de tirer les conséquences de cette constatation sur le terrain de l'abus de droit : si le fait de demander une exécution forcée manifestement disproportionnée ne constitue pas un manquement à la bonne foi, alors une telle demande ne rentre pas dans le cadre de l'abus par déloyauté.

3) La comparaison du critère de l'exception avec celui de l'abus de prérogative contractuelle

462. Identification de l'abus de prérogative contractuelle.- Aux côtés de l'abus par déloyauté se trouve une autre forme d'abus au sein du contrat : l'abus de prérogative contractuelle⁸⁹². Cette forme vise moins à porter une sorte de jugement moral sur le comportement du contractant que de vérifier que l'usage fait d'une prérogative

⁸⁹⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 53 et s., p. 58 et s.

⁸⁹¹ V. *supra* n° 422 et s.

⁸⁹² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 634 et s., p. 467 et s.

contractuelle ne trahit pas l'esprit qui préside à ladite prérogative⁸⁹³. Ainsi se trouve convoquée la théorie téléologique de Josserand : tous les droits disposent d'une finalité sociale qui bornerait l'usage légitime qui peut en être fait⁸⁹⁴. L'éminent Lyonnais relève que tous les droits – peu importe qu'ils soient *a priori* égoïstes ou altruistes – « doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »⁸⁹⁵.

463. La différence entre la théorie téléologique et l'abus de prérogative contractuelle réside dans le niveau d'analyse : quand la première se place au niveau de la société dans son ensemble, le second se place plus modestement – mais avec davantage de réalisme sans doute – au niveau du contrat. En d'autres termes, chaque droit dérivé du contrat répondrait à une finalité particulière qui mesurerait l'usage légitime du droit ; le contractant qui userait d'un droit au-delà de sa finalité particulière s'exposerait à la sanction du juge qui priverait cet usage d'efficacité. À titre d'illustration⁸⁹⁶, dans le cadre d'un contrat de travail assorti d'une clause d'essai permettant à l'employeur de rompre librement le contrat pendant une période donnée, la prérogative reconnue à l'employeur répond à une finalité particulière : vérifier les capacités professionnelles et d'adaptation à l'entreprise du salarié. Or, commet un abus de prérogative contractuelle l'employeur qui fait usage de la clause d'essai pour rompre le contrat de travail lorsque le motif avancé n'est pas l'incapacité professionnelle du salarié mais, par exemple, un ralentissement des activités de l'entreprise.

464. Exclusion de la demande d'exécution forcée du domaine de l'abus de prérogative contractuelle.- Si l'approche proposée semble applicable à toutes les prérogatives contractuelles – légales comme conventionnelles –, certaines pourraient bien échapper à la démarche relativiste. M. Stoffel-Munck oppose ainsi les droits fonctionnels aux droits dits « directeurs » ou « dominants »⁸⁹⁷. Ces derniers relèvent de l'essence de l'opération économique du contrat et, à ce titre, « portent en eux-mêmes leur propre

⁸⁹³ A ce stade de l'analyse, il ne s'agit pas de la prérogative contractuelle *stricto sensu*, telle qu'envisagée dans le cadre de l'exigence de bonne foi (v. *supra* n° 405 et s.).

⁸⁹⁴ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.* Pour une présentation de la théorie, v. not. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 648 et s., p. 494 et s.

⁸⁹⁵ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 292, p. 395.

⁸⁹⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 711 et s., p. 519 et s.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, n° 673, p. 492 et s.

finalité »⁸⁹⁸. Or, pour le présent propos, il est particulièrement intéressant de relever que l'auteur range parmi ces droits qui échappent au contrôle de l'abus de prérogative le « droit d'exiger l'exécution de la prestation promise à titre principal »⁸⁹⁹. L'assertion ne surprend pas : la relation – maintes fois évoquée – entre l'exécution forcée qui permet d'obtenir ce pour quoi le contrat a été conclu et la force obligatoire laisse à penser que cette sanction n'est pas une modalité de l'opération contractuelle mais son cœur, son aboutissement⁹⁰⁰. La finalité du droit de demander l'exécution forcée étant la réalisation du contrat, il est difficile d'imaginer un usage de ce droit qui irait à l'encontre de l'esprit du contrat.

465. En définitive, s'il est envisageable de priver d'efficacité une prérogative contractuelle lorsque le titulaire en fait un usage contraire à son esprit, la démarche ne semble pas transposable à la question de la demande en exécution forcée ; cette dernière est une prérogative directrice, tournée vers la réalisation du contrat.

466. Conclusion.- La théorie de l'abus de droit en matière contractuelle est un outil mis à la disposition du juge pour contrôler l'exercice que les contractants font de leurs droits contractuels. Qu'ils agissent de manière malicieuse, de manière contraire à l'exigence de bonne foi ou encore sans égard pour l'esprit des droits dont ils bénéficient, les créanciers s'exposent à la sanction du juge. Néanmoins, il a été constamment remarqué que lorsque l'exécution forcée doit être écartée en application du contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil, il n'en va pas de même en application des critères habituels de l'abus de droit en matière contractuelle. Le constat de différence de critère entre l'exception à l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit est de nature à remettre en cause le rapprochement entre elles par ailleurs affirmé. Au-delà du constat de cette différence de critères, le contexte impose d'envisager l'opportunité du maintien de cette différence.

⁸⁹⁸ *Ibid.* (l'auteur souligne). *Adde* n° 726, p. 531 : « En conséquence, hors le cas particulier des “droits directeurs” de l'opération vers l'épuisement desquels tend tout le contrat, toutes les clauses posant une prérogative “offensive” semblent tributaires d'une analyse relativiste ».

⁸⁹⁹ *Ibid.*, n° 673, p. 492.

⁹⁰⁰ Rapp. le constat fait que la demande en exécution forcée ne peut être considérée comme une prérogative au sens du contrôle de la bonne foi des contractants (*supra* n° 410 et s.).

B) L'OPPORTUNITE DU MAINTIEN DE LA DIFFERENCE DE CRITERE ENTRE
L'EXCEPTION ET L'ABUS DE DROIT

467. La différence de critère entre l'exception à l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit est-elle irréversible ? Puisque la doctrine s'accorde sur le fait que les juges ne se laissent pas enfermer dans un critère particulier lorsqu'il s'agit de caractériser l'abus de droit⁹⁰¹, les critères présentés plus tôt ne sont pas à l'abri d'évolutions. Faut-il voir dans ce constat l'occasion de faire correspondre les critères de l'abus de droit et du contrôle de l'exécution forcée⁹⁰² ? Rien n'est moins certain et, au contraire, il semble opportun d'œuvrer pour le maintien de la différence des critères entre les deux outils de contrôles. La démarche permet l'exclusion du risque de dénaturation de ces outils (1), sans condamner l'hypothèse de leur cohabitation (2).

1) L'exclusion du risque de dénaturation des outils de contrôle

468. Risque de dénaturation de l'exception à l'exécution forcée.- S'il s'agit de rapprocher davantage la nouvelle exception de l'article 1221 du Code civil et la théorie de l'abus de droit, il est à craindre que le processus résulte en un rétrécissement des hypothèses d'application de la première. Concrètement, alors qu'en principe l'exception à l'exécution forcée est supposée jouer plus facilement que la théorie de l'abus de droit, il est tentant de modifier son critère pour qu'elle soit appliquée en même temps que celle-ci. Le risque se fait déjà ressentir en doctrine. Par exemple, dans la présentation faite de la nouvelle limite à l'exécution forcée, il a pu être noté qu'il s'agissait d'une déclinaison de l'abus de droit et que « [l]es juges devraient dès lors en avoir une interprétation tout aussi restrictive fondée sur le critère de l'intention de nuire. Dès lors en revanche que le créancier peut montrer l'intérêt légitime qu'il trouve à l'exécution forcée en nature, elle devrait lui être accordée toutes les fois qu'elle est possible »⁹⁰³. De même, il a été relevé « [qu']il faudra alors que les juges caractérisent l'intention de nuire du créancier qui renvoie à l'absence de tout intérêt pour celui-ci à faire exécuter le contrat fidèlement »⁹⁰⁴. Ne faut-il pas déceler ici une

⁹⁰¹ V. par ex. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 639, p. 490.

⁹⁰² V., explorant cette hypothèse, B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », préc.

⁹⁰³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 1018, p. 790.

⁹⁰⁴ G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », préc., n° 20.

dénaturation – au moins – relative du critère proposé par l'article 1221 du Code civil ? En effet, il faut le rappeler, les termes de la précédente disposition n'empêchent pas que l'exécution forcée soit écartée alors même que le créancier dispose d'un intérêt légitime. Si le créancier dispose d'un intérêt légitime et appréciable, alors il sera confronté au coût de l'exécution pour le débiteur de bonne foi et l'exécution forcée pourra être écartée si ce coût se révèle bien plus important ; l'existence de cet intérêt ne fait pas en soi échec au jeu de l'exception. En définitive, insister sur le rapprochement entre l'exception à l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit risque de dénaturer la première. L'inverse n'est pas exclu.

469. Risque de dénaturation de la théorie de l'abus de droit.- S'il s'agit cette fois-ci de rapprocher la théorie de l'abus de droit de la nouvelle exception à l'exécution forcée, il est à craindre que le processus aboutisse à une extension du domaine d'application de la première théorie⁹⁰⁵. Concrètement, alors qu'à l'heure actuelle le constat d'une disproportion manifeste entre les intérêts du titulaire du droit et ceux de celui qui subit le préjudice de son exercice n'est pas généralement de nature à caractériser un abus de droit, il est à craindre que le fait d'insister sur le rapprochement entre l'abus de droit et l'exception à l'exécution forcée remette en cause cette situation. Or, l'opportunité de ce critère de la disproportion manifeste des intérêts n'est guère évidente dans certaines matières, de sorte que la dénaturation de la théorie de l'abus de droit pourrait présenter une opportunité douteuse. Il suffit de penser à la question de l'empiètement sur le terrain voisin et sa sanction⁹⁰⁶ : la construction qui empiète doit être détruite et le propriétaire du fonds sur lequel elle empiète ne commet pas d'abus de droit alors même que l'atteinte au droit réel serait minime⁹⁰⁷. Malgré les critiques exprimées de longue date contre la solution⁹⁰⁸, et une récente décision ayant jeté le trouble sur les intentions de la Cour de cassation⁹⁰⁹, les magistrats semblent attachés à l'absence de caractérisation de l'abus en cas de disproportion des intérêts en cause⁹¹⁰.

⁹⁰⁵ En ce sens, v. B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », préc. n° 20 et s.

⁹⁰⁶ V. W. Dross, *Droit des biens*, 5^e éd., LGDJ, 2021, n° 404 et s., p. 346 et s.

⁹⁰⁷ V. par ex. Civ. 3^e, 7 juin 1990, n° 88-16.277 : « (...) la défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus ».

⁹⁰⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et M. Julienne, *Droit des biens*, 9^e éd., LGDJ, 2021, n° 202, p. 253 et s.

⁹⁰⁹ Civ. 3^e, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, *D.* 2020, p. 1092, note R. Boffa.

⁹¹⁰ Civ. 3^e, 9 juillet 2020, n° 18-11.940.

2) La cohabitation des outils de contrôle

470. Potentielle application résiduelle de la théorie de l'abus de droit aux côtés du contrôle de l'article 1221 du Code civil.- Le rapprochement entre le contrôle de l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit dans le *Rapport au Président de la République* ainsi qu'en doctrine peut s'expliquer par une certaine volonté de rassurer. En effet, quel outil convoquer pour tempérer un droit jusqu'alors conçu de manière quasiment absolue ? La théorie séculaire de l'abus de droit ou un contrôle autonome, autrement plus récent et présentant aux yeux de certains une forme d'extranéité ? Replacer le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil dans le giron de l'abus de droit donne moins l'impression de plonger la primauté de l'exécution forcée dans l'inconnu. Dans cette présentation, il pourrait y avoir une volonté indicible de rapprocher la relativisation du droit à l'exécution forcée de celle du droit de propriété intervenue au début du XX^e siècle⁹¹¹, avec l'espoir que le juge exerce son contrôle avec la même retenue. Cette volonté de rassurer va toutefois de pair avec des incohérences et risques qui conduisent le commentateur à écarter l'assimilation entre le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit.

471. Pour autant, faut-il nécessairement conclure à l'inapplicabilité ou à l'inutilité de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée ? Est-il possible d'imaginer une cohabitation entre les deux outils de contrôle ? Dans un premier mouvement, et sans doute de manière opportune, il est possible de penser que les juges n'auront pas vocation à mobiliser cette théorie pour rajouter un contrôle à l'exécution forcée car, après tout, le législateur au moment de la réforme du droit des contrats n'a pas visé la réserve de l'abus de droit – alors que d'aucuns le réclamaient – mais celle de la disproportion manifeste. L'absence de faveur législative pour la première réserve ne devrait-elle pas se ressentir dans les prétoires ? Dans un second mouvement, toutefois, il semble présomptueux de croire que l'œuvre judiciaire se trouverait ainsi bridée, le propre de la théorie de l'abus de droit étant d'intervenir même sans invitation législative. Plus encore, d'autres éléments techniques et de politique juridique pourraient plaider en faveur de l'application de la théorie précitée aux côtés du contrôle de la disproportion manifeste : d'une part, le droit à l'exécution forcée reste un droit non-discrétionnaire et, d'autre part, la pratique du contrôle

⁹¹¹ Req., 3 août 1915, *DP* 1917, 1, 79, *GAJC*, t. 1, 13^e éd., 2015, n° 69.

de l'article 1221 du Code civil pourrait conduire à une acculturation des juges à la relativité de l'exécution forcée et ainsi faire disparaître quelque scrupule qu'ils avaient à appliquer positivement la théorie de l'abus de droit à la sanction *in specie*⁹¹².

472. Par ailleurs, il faut ajouter que la théorie de l'abus de droit pourrait *a priori* constituer un moyen détourné de contrôler une demande d'exécution forcée d'un contrat conclu sous l'égide de l'ancien droit des contrats, l'article 1221 du Code civil ne lui étant pas applicable en principe⁹¹³. Faire appel à la théorie de l'abus de droit pour un tel contrat constituerait *prima facie* une entorse moindre au principe de l'application de la loi dans le temps, cette théorie existant avant la réforme. Néanmoins, il faut noter que dans leurs très récentes applications par anticipation du contrôle de l'exécution forcée, les juges n'ont pas convoqué un quelconque aspect de la théorie de l'abus de droit⁹¹⁴. Quitte à malmener le principe de la survie de la loi ancienne et la sécurité juridique qui le justifie, les juges du fond comme du droit ont préféré s'en tenir à un contrôle mobilisant les termes de l'article 1221 du Code civil. Or l'absence d'intérêt des créanciers pour la sanction *in specie* – les constructions violant le cahier des charges du lotissement n'entraînaient aucune perte de vue mais seulement le ressenti négatif d'avoir une construction proche n'étant pas une villa – aurait pu servir aux juges pour caractériser l'intention de nuire du créancier, comme ils avaient déjà eu l'occasion de le faire⁹¹⁵. Pour le dire trivialement, voilà une occasion de déclarer une exécution forcée abusive que les juges n'ont pas saisie. À ce titre, deux remarques peuvent être formulées. Premièrement, la décision évoquée ne condamne pas à elle seule le recours à la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée : cette théorie ne se laisse pas aisément enfermer, et les juges du quai de l'Horloge pourraient ne rien avoir à redire à une décision des juges du fond qui utiliseraient la disproportion manifeste de la sanction comme révélatrice de l'intention de nuire du créancier et donc de son abus. Deuxièmement, de manière plus radicale, il est possible de voir dans cette décision une volonté des juges de marquer l'autonomie du contrôle de l'article 1221 du Code civil par rapport à la théorie de l'abus de droit et donc, indirectement, de remettre en cause la filiation entre les deux outils généralement admis. Dans cette perspective, plus en

⁹¹² À cela il faudra peut-être rajouter la volonté de contourner le régime de l'exception prévue à l'article 1221 du Code civil.

⁹¹³ Sur l'application dans le temps de la réforme du droit des contrats, v. *supra* n° 18 et s.

⁹¹⁴ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.

⁹¹⁵ CA Pau, 15 février 1973, préc.

tout cas que celle de l'application anticipée de la nouvelle exception, les arrêts du 13 juillet 2022 doivent être salués : c'est la première conclusion de la présente thèse que de dire que le contrôle de l'article 1221 du Code civil présente une autonomie par rapport à la théorie de l'abus de droit.

473. Régime de l'abus du droit à l'exécution forcée.- De quel métal sera fait l'abus de droit en matière d'exécution forcée si les juges venaient à utiliser cette théorie dans le futur ? Le caractère central de cette prérogative, notamment manifesté par ses liens avec la force obligatoire du contrat, fait que l'hypothèse de l'abus par déloyauté caractérisé par une atteinte à la bonne foi et celle de l'abus de prérogative contractuelle ne seront pas mobilisables. Reste alors l'abus par déloyauté caractérisé par l'intention de nuire du contractant qui devrait ici recouvrer tout son régime.

474. Plus particulièrement, pour échapper à l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, le débiteur devra convaincre le juge que le créancier a agi avec malice, qu'il a opté pour cette sanction afin de l'affliger. La démarche est éminemment subjective, même si certains éléments objectifs – absence d'utilité, motifs avancés, antécédents relationnels des parties, choix du plus grand mal, etc.⁹¹⁶ – peuvent venir au secours du débiteur dans son entreprise probatoire. Il ressort de l'autonomie de l'abus du droit de demander l'exécution forcée qu'il n'est pas nécessaire de démontrer une quelconque disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de la sanction. Assurément, le débiteur qui établit l'absence d'intérêt ou un intérêt minime du créancier dans cette sanction aura, pour le dire trivialement, « marqué des points » en faveur de la démonstration de l'intention de nuire. Néanmoins, cela n'est pas nécessaire ou suffisant. Ainsi, même s'il s'agit sans doute plus d'un cas d'école, le créancier qui dispose d'un intérêt appréciable à obtenir l'exécution forcée pourra voir sa demande rejetée si d'autres éléments laissent à penser que celle-ci procède d'une intention malicieuse.

475. Par exemple, voici l'hypothèse d'une relation contractuelle entre deux contractants (A) et (B) qui n'est pas des plus calmes : un premier contrat (X) conclu entre les deux parties n'a pas été exécuté et a nécessité l'intervention d'un juge qui a donné raison à (B) ; un second contrat (Y) entre les mêmes contractants n'est pas exécuté sans que cette

⁹¹⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 214 et s., p. 193 et s.

inexécution ne trouve sa cause dans l'inexécution du contrat (X), (A) étant alors le créancier en position de demander l'exécution forcée au juge. L'intention de nuire de (A), malgré l'intérêt appréciable qu'il a dans l'exécution forcée, pourrait être caractérisée par (B) s'il emporte la conviction du juge, notamment si des éléments montrent que (A) a sciemment choisi cette sanction plus coûteuse pour (B) par rapport, par exemple, à une réduction du prix, tout aussi satisfaisante dans cette espèce, afin de se venger de l'issue du litige relatif au contrat (X). Parfaitement légitime d'un point de vue économique et donc sauvée en vertu du contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil, l'exécution forcée pourrait bien être rejetée sur le terrain de l'abus de droit car la sanction serait motivée par une intention de nuire.

476. Conclusion.- En définitive, la différence constatée entre l'exception à l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil et la théorie de l'abus de droit doit être respectée. La remettre en cause pour insister sur le rapprochement des deux contrôles serait inopportun au regard des risques de dénaturation de l'exception précitée ou de la théorie de l'abus de droit. Il serait plus avisé d'admettre l'autonomie et, partant, la cohabitation des deux contrôles, l'exécution forcée pouvant alors être écartée si le débiteur arrive à établir l'intention de nuire du créancier dans sa demande.

477. Conclusion du paragraphe.- L'idée d'un rapprochement entre le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil et la théorie de l'abus de droit n'a pas résisté à l'analyse. En réalité, c'est bien plutôt un éloignement entre les deux formes de contrôle qu'il faut constater. Cet éloignement, dicté par la différence de critères qui existe entre eux, conduit à écarter l'exécution forcée en application de l'article 1221 du Code civil alors même qu'elle ne le serait pas en application de la théorie de l'abus de droit. Le constat n'aboutit pas forcément à la non-application de la théorie précitée en matière d'exécution forcée. Simplement, afin de préserver la nature des contrôles en jeu, il faut davantage admettre leur autonomie ainsi que leur cohabitation.

478. Conclusion de la section.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée désormais consacré à l'article 1221 du Code civil n'est pas une déclinaison de la théorie de l'abus de droit ; le texte ne vient pas simplement préciser les termes de la fameuse théorie dans le cadre de l'exécution forcée. Le rapprochement, décrété par le *Rapport au*

Président de la République qui a puisé dans un exemple prétorien et diverses propositions doctrinales, se comprend en raison de certaines similitudes entre le contrôle de l'exécution forcée et la théorie de l'abus de droit. En effet, l'article 1221 du Code civil conduit bien à contrôler un droit non-discrétionnaire, le droit à l'exécution forcée, et peut aboutir à sa neutralisation. Toutefois, à l'examen, il n'est guère possible de prolonger le rapprochement car les deux outils divergent sur un point essentiel : le critère du contrôle. La comparaison du critère du contrôle de l'article 1221 du Code civil – la disproportion manifeste – avec ceux généralement admis pour la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle met en lumière la différence existante entre les deux outils. Or il est opportun de conserver cette différence pour éviter tout risque de dénaturation, de la nouvelle exception à l'exécution forcée ou de la théorie de l'abus de droit. Ainsi, en définitive, l'originalité du contrôle de l'exécution forcée par rapport à la théorie de l'abus de droit affirmée ici devrait être respectée par le juge appliquant l'article 1221 du Code civil.

479. Conclusion du chapitre.- Dans la mesure où la nouvelle exception à l'exécution forcée permet au juge de contrôler la demande du créancier, la question de sa visée moralisatrice a été posée. En effet, de nombreuses hypothèses de contrôle des contractants visent à préserver cette exigence cardinale du droit des contrats qu'est la bonne foi, laquelle tend vers l'exécution loyale et utile de l'accord des parties. Cette vision de la bonne foi explique que les juges admettent de contrôler les prérogatives contractuelles et non pas la substance du contrat à la lumière de cette notion. Or, il est apparu que l'exécution forcée, en ce qu'elle permet au créancier d'obtenir ce pour quoi il a conclu le contrat, relevait davantage de la substance du contrat et échappait, à ce titre, au contrôle de la bonne foi. Même dans l'hypothèse où cette sanction devait être qualifiée de prérogative contractuelle, il semble que l'existence d'une disproportion manifeste entre les intérêts du créancier et du débiteur n'est pas de nature à caractériser en soi un manquement à l'exigence de bonne foi. Ainsi, la nouvelle exception à l'exécution forcée confiée au juge ne vise-t-elle pas à promouvoir la bonne foi de cette sanction de l'inexécution. Le précédent constat a quelque peu précipité l'examen du rapprochement habituellement fait entre la nouvelle exception précitée et la théorie de l'abus de droit, au regard de la relation qu'entretient cette dernière avec l'exigence de bonne foi. Malgré l'existence d'éléments plaidant en faveur de la filiation entre le contrôle de l'article 1221 du Code civil et la théorie de l'abus de droit, d'autres plus déterminants encore ont dicté que l'autonomie des deux soit admise et

respectée. En effet, le juge qui rejette la demande en exécution forcée du créancier pour cause de disproportion manifeste de l'intérêt de la sanction par rapport à son coût ne fait pas application de la théorie de l'abus de droit, ce qui ne l'empêche pas de le faire de manière tout à fait autonome.

480. Conclusion du titre.- Pourquoi donc soumettre l'exécution forcée à un contrôle de la disproportion manifeste confrontant l'intérêt du créancier et le coût de la sanction pour le débiteur ? Dans le travail d'identification des éléments essentiels de la nouvelle exception à l'exécution forcée, la question était incontournable car un tel contrôle n'est jamais institué ou appliqué en soi.

481. Les termes de l'article 1221 du Code civil mettent justement sur la piste de la promotion de l'efficacité économique de l'exécution forcée : le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution est l'occasion pour le juge de porter un jugement d'ordre économique sur la demande du créancier, laquelle est exclue si elle est particulièrement blâmable sur ce plan. L'observation de diverses situations pratiques a ainsi montré que l'exclusion de l'exécution forcée manifestement disproportionnée permet d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur. Ce dernier constat est prolongé par l'analyse économique du droit qui voit dans un tel effet une source d'efficacité économique au sens du critère Kaldor-Hicks et de ses dérivés. Au-delà de permettre l'identification de la finalité du contrôle de l'article 1221 du Code civil, l'analyse économique du droit contribue à la détermination de la valeur susceptible de justifier l'atteinte à la force obligatoire qu'engendre le contrôle étudié. Le débat relatif à l'opportunité de la relativisation de la force obligatoire a ainsi trouvé une issue. Plus particulièrement, il a été vu que la recherche d'efficacité économique est un objectif du droit parmi d'autres et que dans le cadre de l'article 1221 du Code civil, les auteurs de la réforme du droit des contrats ont opportunément considéré qu'elle pouvait justifier une remise en cause du caractère absolu de l'exécution forcée.

482. Au-delà de la finalité économique du contrôle de l'exécution forcée, une autre piste a été envisagée en raison du principe même du contrôle du comportement du créancier. Elle conduit l'observateur à se demander si la nouvelle exception ne vise pas à promouvoir la bonne foi du créancier. Assurément, la démarche ne fut pas aussi fructueuse : pour être

devenue une notion cardinale de la matière contractuelle, la bonne foi n'est guère universelle et les éléments qui se rattachent à la substance du contrat, comme l'exécution forcée, échappent au contrôle du juge sur le terrain de la bonne foi. Au demeurant, même si l'exécution forcée se prêtait à ce contrôle, la disproportion manifeste des intérêts en présence n'est pas susceptible de caractériser à elle seule l'atteinte à l'exigence de bonne foi. La proximité entretenue entre la bonne foi et la théorie de l'abus de droit a justifié d'envisager spécialement l'hypothèse de la filiation, notamment promue par le *Rapport au Président de la République*, entre l'exception évoquée à l'article 1221 du Code civil et la théorie précitée. L'analyse aboutit en fin de compte à la différenciation des deux formes de contrôle, le contrôle de la disproportion manifeste permettant d'écarter l'exécution forcée dans des hypothèses où l'abus de droit ne le permet pas, et inversement.

483. En définitive, le contrôle de l'exécution forcée confié au juge par l'article 1221 du Code civil sert une seule et unique finalité : la promotion de l'efficacité économique de l'exécution forcée.

484. Conclusion de la première partie.- La nouvelle exception à l'exécution forcée qu'instaure l'article 1221 du Code civil a littéralement et substantiellement fait irruption dans le droit français des contrats. L'atteinte à l'absolutisme passé de la sanction étant évidente, il reste à en mesurer la portée en procédant à l'identification plus précise de la nouvelle exception à partir du texte qui le prévoit.

485. L'exception au droit à l'exécution forcée requiert du juge qu'il utilise un outil particulier, le contrôle de la disproportion manifeste. Ce dernier peut être à la fois rapproché d'autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité, mais aussi, et surtout, s'en éloigner à certains égards. Plus particulièrement, il a été vu en quoi il s'agit pour le juge de proprement comparer des termes relativement commensurables en appréciant avec une liberté relative l'écart qui les sépare. L'apparente retenue qui accompagne la nouvelle exception à l'exécution forcée ne permet toutefois pas de faire l'économie de la discussion autour de sa pertinence. A bien considérer l'histoire et le droit comparé, il semble qu'appliquer un tel contrôle à la sanction *in specie* de l'inexécution soit possible. L'opportunité d'une telle application est, quant à elle, plus discutée en raison de l'atteinte à la force obligatoire qui accompagne toute relativisation du droit à l'exécution forcée.

Néanmoins, l'atteinte précitée devait être tempérée au regard des capacités du texte à empêcher les comportements illégitimement lucratifs et sa possible justification par une autre valeur reconnue par le système juridique.

486. L'identification de la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée nécessite également de préciser sa finalité. Or en confrontant le coût et l'intérêt de l'exécution forcée, l'article 1221 du Code civil entend promouvoir l'efficacité économique de cette sanction de l'inexécution du contrat en évitant le gaspillage des ressources économiques du débiteur. Le recours à l'analyse économique du droit, laquelle envisage l'efficacité économique comme une valeur à promouvoir, permet ainsi d'identifier la valeur reconnue par le système juridique de nature à justifier l'atteinte à la force obligatoire qui accompagne le recul de l'exécution forcée. Au-delà, et contrairement à ce qui peut apparaître *prima facie* au commentateur, le nouveau contrôle de l'article 1221 du Code civil n'est pas l'occasion de porter un jugement d'ordre moral sur la demande du créancier victime de l'inexécution. L'appréhension contemporaine de la notion de bonne foi et de la théorie de l'abus de droit, vecteurs d'une certaine moralité au sein de la relation contractuelle, suggère que le créancier qui réclame l'exécution forcée alors qu'elle est manifestement disproportionnée au sens de l'article 1221 du Code civil n'adopte pas un comportement moralement répréhensible. En définitive, il faut admettre que la filiation entre la théorie de l'abus de droit et la nouvelle exception à l'exécution forcée, décrétée par le *Rapport au Président de la République*, n'est pas fondée.

487. À l'issue de ce travail d'identification de la nouvelle exception à l'exécution forcée, son originalité a été établie. Si le constat est important en soi, il permet également d'envisager les interrogations qui ont trait, cette fois-ci, à la mise en œuvre de l'exception.

PARTIE II

LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXCEPTION

488. Identifier les éléments essentiels de la nouvelle exception à l'exécution forcée et affirmer son autonomie est un préalable nécessaire à l'étude de ses règles de mise en œuvre. Systématiquement, lorsque la lettre du texte offre diverses interprétations, les conclusions dégagées dans la première partie de la thèse permettent de choisir la plus idoine, et évitent ainsi d'exposer le commentaire à un rapide démenti judiciaire. Par ailleurs, l'originalité du contrôle de l'article 1221 du Code civil peut se refléter dans la présentation de ses règles de mise en œuvre. Plus particulièrement, il semble opportun d'articuler cette présentation autour du cœur de la nouvelle mission judiciaire, à savoir la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Il convient alors de procéder en deux temps : d'une part, il faut partir à la découverte de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée en elle-même, car il s'agit là d'une question nouvelle pour le juge ; d'autre part, il importe de voir comment les règles ainsi dégagées doivent être amendées ou prolongées lorsqu'elles sont confrontées à la réalité du litige dont est saisi le juge. Autrement dit, l'identification des règles de mise en œuvre de l'exception visée par l'article 1221 du Code civil requiert de procéder à une approche statique (**Titre 1**) puis dynamique (**Titre 2**) de la caractérisation de la disproportion manifeste.

TITRE I

L'APPROCHE STATIQUE DE LA CARACTERISATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

489. L'article 1221 du Code civil consacre une nouvelle exception au droit à l'exécution forcée qui prend la forme d'un contrôle judiciaire. Il est requis du juge qu'il caractérise une disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de l'exécution forcée, de sorte que son attention doit se porter sur un rapport de proportionnalité identifié par la lettre du texte. Tel est l'énoncé de la mission judiciaire qui, derrière une simplicité apparente, dissimule de très nombreuses interrogations d'ordre pratique. Pour les traiter, il est de bonne méthode d'envisager distinctement les éléments de la caractérisation de la disproportion manifeste. Ainsi, il faut successivement envisager les termes du rapport de proportionnalité (**Chapitre 1**) et le rapport de proportionnalité en lui-même (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LES TERMES DU RAPPORT DE PROPORTIONNALITE

490. Selon l'article 1221 du Code civil, l'exécution forcée ne saurait être accordée s'il existe une disproportion manifeste entre *l'intérêt du créancier* pour la sanction et son *coût pour le débiteur de bonne foi*. Le choix de ces termes avait déjà fait l'objet d'une attention particulière dans la première partie de la thèse car il confère un caractère quantitatif au contrôle de l'exécution forcée⁹¹⁷. Or, un tel caractère fixe au juge un cadre pour la réalisation de sa mission : le juge doit effectuer une comparaison des termes du rapport de proportionnalité rapportés sur l'échelle monétaire, au besoin par la réalisation d'un effort de valorisation monétaire. L'étude des termes du rapport requiert donc d'identifier ce qui les compose, ainsi que leur valorisation dans la perspective d'une comparaison quantitative. Par ailleurs, à l'occasion de l'étude de chacun des termes, il est essentiel d'avoir à l'esprit la finalité économique du nouveau contrôle judiciaire⁹¹⁸. Cette méthode sommairement exposée, il convient d'envisager successivement l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée (**Section 1**) et son coût pour le débiteur de bonne foi (**Section 2**).

SECTION 1 : L'INTERET DU CREANCIER

491. Pour la mise en œuvre du contrôle de l'article 1221 du Code civil, comment appréhender l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ? Au vrai, puisque ce contrôle est d'ordre quantitatif, l'interrogation doit faire l'objet d'une subdivision. Le juge doit déterminer ce qu'il faut entendre par ce terme du rapport de proportionnalité et la manière de procéder à sa valorisation monétaire dans la perspective de sa confrontation avec le coût de l'exécution forcée. Afin de ne pas s'égarer dans cette double recherche, il est impérieux pour le juge de suivre deux approches successives et complémentaires, dictées à la fois par le texte et l'esprit de l'exception. Après avoir admis la nécessité d'une approche subjective de ce terme du rapport de proportionnalité (§1), il faut reconnaître celle d'une approche pragmatique dudit terme (§2).

⁹¹⁷ V. *supra* n° 50 et s.

⁹¹⁸ V. *supra* n° 271 et s.

§1 LA NECESSITE D'UNE APPROCHE SUBJECTIVE

492. L'article 1221 du Code civil, en intégrant dans le rapport de proportionnalité l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, requiert du juge qu'il adopte une approche subjective. Cela signifie que l'identification et la valorisation de ce terme doit se faire dans la perspective du créancier victime de l'inexécution. La raison de ce subjectivisme réside dans l'incontournable individualisme du concept d'intérêt du créancier en matière d'exécution forcée (**A**), lequel se trouve toutefois limité par son intégration dans un contrôle juridique de la disproportion manifeste (**B**).

A) LA RAISON DU SUBJECTIVISME : L'INCONTOURNABLE INDIVIDUALISME DU CONCEPT D'INTERET EN MATIERE D'EXECUTION FORCEE

493. Identifier l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée requiert du juge qu'il adopte une approche subjective : il en va du maintien du principe du droit d'option du créancier dans le choix de la sanction de l'inexécution (**1**) et il s'ensuit que le créancier peut évoquer tous les avantages que la sanction est susceptible de lui procurer (**2**).

1) Le subjectivisme et le maintien du droit d'option du créancier

494. L'individualisme potentiel du concept d'intérêt.- Pour qui consulte la définition générique du terme « intérêt », il n'est pas étonnant de voir dans sa mobilisation le potentiel d'une approche subjective⁹¹⁹. En effet, l'intérêt c'est « ce qui importe à *quelqu'un* »⁹²⁰. Dans le même sens, pour le *Vocabulaire juridique*, l'intérêt c'est « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui dans une affaire (contrat,

⁹¹⁹ Il n'est toutefois pas possible d'y voir une constante car il est des utilisations du terme qui ne riment pas avec individualisme ou qui n'appellent pas une approche proprement subjective, par exemple les « intérêts moratoires » ou, plus fondamentalement, « l'intérêt général » lorsqu'il rentre en contact avec l'outil contractuel.

⁹²⁰ CNRTL, V° « Intérêt » (nous soulignons).

procès...), concerne, attire, préoccupe *une personne* (ce qui lui importe) »⁹²¹. Le concept d'intérêt postulerait ainsi une forme d'individualisme car ce qui est susceptible d'être perçu comme un avantage – matériel ou moral – diffère d'un individu à l'autre, d'une situation à l'autre.

495. Diverses occurrences du terme « intérêt » invitent le juge à adopter une approche nécessairement individuelle. Il suffit de songer à l'intérêt de l'enfant en droit de la famille⁹²², ou encore à l'intérêt à agir du demandeur en procédure civile⁹²³. En effet, lorsqu'il doit apprécier l'existence de l'intérêt de l'enfant pour une question particulière ou l'intérêt du demandeur pour la recevabilité de l'action, le juge doit nécessairement considérer de manière subjective les situations de ces protagonistes.

496. À l'inverse, certaines occurrences du terme semblent plus rétives à l'idée d'une approche individuelle ou, du moins, présentent une certaine ambiguïté à ce sujet. La remarque peut être illustrée par la question du remplacement de la notion de cause par le concept d'intérêt parmi les conditions de validité du contrat⁹²⁴. La proposition, formulée lors de l'élaboration de la réforme du droit des contrats, s'inspirait de plusieurs travaux doctrinaux majeurs ayant jeté un pont entre le concept d'intérêt et la notion de cause⁹²⁵. L'hypothèse du remplacement fut toutefois rapidement abandonnée car, comme le relevait Malaurie, « peu de mots sont aussi vagues et difficile à cerner »⁹²⁶ que celui d'intérêt, de sorte que la substitution n'aurait produit aucun effet positif. Plus particulièrement, il a été mis en avant que l'intérêt au contrat pouvait être apprécié à la fois objectivement et subjectivement, ce qui était de nature à maintenir une hésitation entre la cause abstraite de

⁹²¹ Association Capitant et G. Cornu (dir.), *V° « Intérêt »*, in *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022 (nous soulignons).

⁹²² Sur lequel, v. not. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 7^e éd., LGDJ, 2020, n° 1212, p. 763 et s.

⁹²³ Sur lequel, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 181 et s., p. 164 et s.

⁹²⁴ Avant-projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie, 2008, art. 85.

⁹²⁵ V. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1997, préf. J. Ghestin, n° 75 et s., p. 71 et s. Sur les différents écrits rapprochant cause et intérêt, v. la présentation faite par D. Galbois-Lehalle, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, préf. Y. Lequette, n° 619 et s., p. 362 et s. Pour un rapprochement entre intérêt pour l'exécution forcée et cause, v. not. O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire, « VEFA – La proposition de réparation des désordres apparents affectant l'immeuble livré doit être "fiable, pertinente et opportune" ! », *D.* 2019, p. 535.

⁹²⁶ Ph. Malaurie, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, doctr. 204, spéc. n° 10.

l'obligation, déterminée selon le type de contrat conclu par les parties, et la cause concrète du contrat plus propice à une analyse circonstanciée⁹²⁷.

497. En somme, lorsque le concept d'intérêt est mobilisé pour traiter d'une question particulière, le juge doit potentiellement – mais pas nécessairement – adopter une approche subjective. L'ambiguïté disparaît lorsque ce concept est envisagé à l'aune de la sanction de l'inexécution du contrat qu'est l'exécution forcée.

498. Le nécessaire individualisme de l'intérêt pour l'exécution forcée du contrat.- Tout comme l'intérêt au contrat, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée peut *a priori* faire l'objet d'une approche objective ou bien subjective. Afin d'expliquer la différence, il est possible de considérer – temporairement – que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée renvoie aux avantages qu'il associe à la sanction *in specie*. Dans ce cadre, une approche objective de l'intérêt du créancier conduit le juge à rechercher les divers avantages généralement attachés à la prestation exécutée conformément aux prévisions contractuelles. Par exemple, en cas de malfaçons dans la construction d'une piscine, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est apprécié au regard des avantages que tout créancier associe à la bonne construction d'une piscine : avoir la possibilité d'y nager, ne pas avoir des problèmes d'étanchéité, avoir un système sanitaire efficace, etc. A l'inverse, une approche subjective de l'intérêt du créancier requiert du juge qu'il adopte une démarche bien plus circonstanciée et qu'il admette que le créancier évoque tous les avantages qu'il attache personnellement à l'exécution forcée. Par exemple, le créancier se plaignant des malfaçons de sa piscine – moins longue que prévue – pourra évoquer le fait qu'il tient particulièrement au respect des dimensions demandées pour s'entraîner dans la perspective d'une compétition de natation. Finalement, les approches objective et subjective peuvent *a priori* être adoptées par le juge qui envisage l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.

499. Au vrai, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée doit *nécessairement* être envisagé de manière subjective. La solution ne trouve pas sa justification dans le concept d'intérêt pris isolément, mais bien plutôt dans le fait que le concept d'intérêt est ici

⁹²⁷ En ce sens, v. not. C. Larroumet, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441,

mobilisé dans le cadre d'une exception au droit à l'exécution forcée. Comme cela a été vu⁹²⁸, la force obligatoire du contrat conduit à reconnaître au créancier un droit d'option en cas d'inexécution du contrat : c'est au créancier de choisir la sanction qu'il juge la plus adéquate pour sanctionner le manquement contractuel. Or, dans l'exercice de ce droit d'option que la réforme n'a pas fondamentalement remis en cause, le créancier est libre de choisir les raisons qui le conduisent à prendre cette décision. Il peut s'agir de raisons que tout créancier placé dans la même situation serait susceptible d'invoquer, mais il peut aussi s'agir de raisons qui viendraient à l'esprit du seul créancier en cause. Dès lors, il est inconcevable de retenir une approche objective de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste. Certes, le fait de soumettre le droit à l'exécution forcée à un contrôle suppose nécessairement du créancier qu'il explicite les raisons qui gouvernent sa décision, là où il ne devait pas le faire auparavant. Toutefois, retenir une approche objective reviendrait à aller bien plus loin et constituerait une remise en cause malvenue du droit d'option puisque certaines raisons personnelles de demander l'exécution forcée n'auraient désormais plus droit de cité.

500. Cette volonté de préserver la primauté de l'exécution forcée explique également le fait que d'autres concepts n'aient pas été préférés à celui d'intérêt pour représenter la position du créancier dans le rapport de proportionnalité. Les auteurs de la réforme auraient par exemple pu songer à la valeur de la prestation ou encore au préjudice subi par le créancier. Toutefois, dans les deux cas, il aurait existé une menace pesant sur la primauté de l'exécution forcée. Pour la valeur de la prestation, il y a un risque de cantonnement à la valeur économique de la prestation – le prix du contrat ou de marché de la prestation – qui négligerait les avantages indirectement escomptés par le créancier. Pour le préjudice subi par le créancier, il y a un risque d'application par le juge de diverses règles restrictives, comme celle tenant au caractère prévisible de ce préjudice, qui empêcheraient de prendre en compte certaines utilités pourtant envisagées par le créancier. En fin de compte, il est heureux que la position du créancier dans le rapport de proportionnalité soit envisagée au travers du concept d'intérêt car sa généralité et son subjectivisme sont au service de la primauté de l'exécution forcée. La crainte, exprimés par certains⁹²⁹, qu'un glissement intervienne et que l'intérêt du créancier se rapproche du préjudice subi est

⁹²⁸ V. *supra* n° 220 et s.

⁹²⁹ G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », préc., spéc. n° 18.

probablement excessive au regard de la généralité du terme employé par l'article 1221 du Code civil : le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution du contrat n'est que la partie émergée de son intérêt pour l'exécution forcée, l'assimilation entre les deux serait particulièrement réductrice et il est douteux que les juges qui ont toujours œuvré pour la sanction *in specie* y adhère.

501. En définitive, pour que l'exception n'ébranle pas systématiquement le principe du droit à l'exécution forcée, il est indispensable que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée soit envisagé de manière subjective. Le constat n'est pas sans conséquence sur les éléments que le créancier est susceptible d'invoquer au soutien de sa prétention.

2) Le subjectivisme et les avantages susceptibles d'être invoqués par le créancier

502. Possibilité d'invoquer tout type d'avantage.- Il faut prendre acte de l'approche subjective de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée en déclinant la définition du concept envisagée plus tôt. L'intérêt du créancier pour l'exécution forcée correspond ainsi aux bénéfices d'ordre économique ou moral que l'exécution forcée – c'est-à-dire le fait d'obtenir l'exacte prestation initialement souscrite – confère à la victime de l'inexécution du contrat litigieux. L'ouverture exprimée par la définition doit ainsi se retrouver dans l'appréhension judiciaire de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée : « l'article 1221 encourage à tenir compte de l'ensemble des avantages escomptés par le créancier (...) »⁹³⁰.

503. Tout d'abord, lorsque certains s'interrogent sur la possibilité d'intégrer dans l'intérêt du créancier des éléments à la fois patrimoniaux et extrapatrimoniaux⁹³¹, il faut admettre les deux afin d'avoir la perception la plus fine possible de la situation du créancier

⁹³⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 780, p. 871 (nous soulignons). Dans le même sens, v. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 638, p. 587.

⁹³¹ V. not. Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, n° 561, p. 505. Dans le même sens, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 780, p. 871.

et donc la protection la plus efficace de son droit à l'exécution forcée. Le fait que le contrôle de l'article 1221 du Code civil soit un contrôle d'ordre quantitatif, lequel suppose la confrontation de deux termes représentés sur une même échelle⁹³², ne fait pas obstacle à la mobilisation d'éléments non-économiques. En effet, la réalisation d'un effort de valorisation monétaire afin de rapporter sur l'échelle monétaire les éléments qui ne sont pas directement économiques permet leur intégration dans le contrôle judiciaire. Par exemple, voilà qu'une piscine devait être construite avec un système de projecteurs sous-marins permettant de faire figurer au fond de la piscine des lettres et formes diverses à l'occasion de soirées festives. Si le système n'est pas installé, le créancier pourra se plaindre de la perte de valeur de sa piscine finalement dépourvue d'un système de projecteurs, mais aussi du fait qu'il devra organiser des soirées moins attrayantes que prévu. Dans le cadre d'une approche subjective de l'intérêt du créancier, le juge doit considérer comme recevable l'élément strictement économique, mais aussi l'élément non-économique tout en assurant sa valorisation monétaire.

504. Ensuite, lorsque certains se demandent s'il « faut se limiter à l'intérêt intrinsèque au contrat, la contrepartie immédiate attendue du créancier, ou [s'il faut] également prendre en compte les intérêts extrinsèques et les avantages que le créancier pouvait ou pensait pouvoir tirer de l'exécution du contrat (...) »⁹³³, l'approche la plus large doit être retenue. Une nouvelle fois, le subjectivisme vise à protéger au mieux le droit à l'exécution forcée dont bénéficie le créancier. Il en résulte que le juge ne peut rejeter un élément allant dans le sens de son intérêt pour la sanction *in specie* sous prétexte que cet élément ne rentre pas dans le cadre contractuel ou qu'il n'a pas été communiqué à l'autre partie. À titre d'exemple, pour reprendre le cas de la piscine dépourvue du système de projecteurs, le créancier peut évoquer le fait qu'il entendait dans un futur proche mettre à disposition sa piscine pour des événements privés et proposer une tarification supérieure en raison de l'option des projecteurs sous-marins. Pour cette raison, il faut regretter que dans les décisions appliquant par anticipation l'article 1221 du Code civil⁹³⁴, les juges n'aient pas davantage envisagé la question de la perte de valeur de la villa en raison des

⁹³² V. *supra* n° 50 et s.

⁹³³ M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n° 270, p. 15, spéc. n° 11.

⁹³⁴ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.

constructions voisines méconnaissant le règlement du lotissement. La lecture des pourvois fait apparaître qu'un agent immobilier avait estimé la diminution de cette valeur à hauteur 450 000 euros du fait de la perte de vue et d'intimité, ainsi qu'en raison des nuisances sonores engendrées par les constructions litigieuses⁹³⁵. Si les créanciers venaient à vendre leur propre villa, le prix qu'ils en obtiendraient serait moindre si l'exécution forcée n'était pas prononcée. L'approche subjective de l'intérêt du créancier pour la sanction *in specie* exige qu'il puisse invoquer les avantages futurs qu'il associe au fait d'obtenir le strict respect du contrat. Autrement dit, il aurait fallu que le coût de la destruction des immeubles soit confronté à la perte de valeur de la villa, car éviter une telle perte est un avantage de l'exécution forcée.

505. Variabilité des avantages d'un créancier à l'autre.- L'approche subjective de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée suppose également que le juge examine les utilités avancées par chaque créancier et qu'il admette que ces utilités varient d'un créancier à l'autre. Certains commentaires de l'article 1221 du Code civil mettent en avant cette conséquence de l'approche subjective. Un auteur relève ainsi, après avoir noté que le coût de l'exécution forcée pour le débiteur doit s'apprécier objectivement, « [qu']il en ira probablement différemment de l'absence d'intérêt pour le créancier – au fond, les intérêts des uns ne sont pas forcément ceux des autres »⁹³⁶. Dans le même sens, il a été noté que « [l']exécution forcée pouvant présenter un intérêt supérieur pour certains créanciers, une analyse circonstanciée paraît devoir être privilégiée »⁹³⁷. Par exemple, si une piscine doit être construite avec une longueur précise et qu'une malfaçon aboutit à une longueur différente de celle prévue, il est certain que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée diffère selon que ce créancier est un particulier qui souhaite agrémenter son jardin ou bien qu'il s'agit d'un club professionnel de natation qui souhaite étendre les possibilités d'entraînement de ses athlètes.

506. Conclusion.- L'appréciation de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée requiert du juge qu'il adopte une approche subjective, centrée sur la situation

⁹³⁵ Il semblerait que ce soient les conditions de réalisation de cette expertise officieuse et non contradictoire, ainsi que son contenu abstrait, qui aient poussé les juges du fond à ne pas exploiter plus avant le rapport de l'agent immobilier. Sur l'importance des mesures d'instruction technique dans la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *infra* n° 637 et s.

⁹³⁶ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, 2^e éd., LexisNexis, 2022, n° 471, p. 365.

⁹³⁷ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 128.112, p. 146.

personnelle du créancier victime de l'inexécution qu'il s'agit de sanctionner. Cette approche subjective est dictée par le souci de protéger le droit à l'exécution forcée dont bénéficie le créancier victime de l'inexécution. En pratique, elle permet au créancier d'invoquer *tous* les avantages qu'il associe au fait d'avoir l'exacte prestation prévue par le contrat. L'ouverture ainsi témoignée à l'égard de l'appréhension de l'intérêt du créancier n'est toutefois pas sans limites : l'intégration du terme dans un contrôle juridique de la disproportion manifeste peut tempérer le subjectivisme décrit jusqu'alors.

B) LA LIMITE AU SUBJECTIVISME DE L'INTERET DU CREANCIER POUR L'EXECUTION FORCEE : L'INTEGRATION DU TERME DANS UN CONTROLE JURIDIQUE DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

507. Admettre que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée doive être envisagé de manière subjective ne revient pas à donner un blanc-seing au créancier pour qu'il défende sa position : tout intérêt n'est pas bon à entendre et à protéger. Il faut garder à l'esprit que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est mobilisé dans le cadre d'un contrôle doublement qualifié : il s'agit d'un *contrôle juridique* et d'un *contrôle d'ordre quantitatif*. Le constat engendre deux limitations au subjectivisme *a priori* retenu pour déterminer la teneur de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. D'un côté, le fait que le contrôle de l'exécution forcée constitue un contrôle juridique suppose que cet intérêt soit licite (1). De l'autre, le fait que le contrôle de l'exécution forcée soit d'ordre quantitatif, et qu'il requiert donc une valorisation monétaire des termes du rapport, suppose que la valorisation de l'intérêt soit objective (2).

1) La licéité de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée

508. Hypothèse de l'illicéité de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.- En cas d'inexécution, le créancier peut vouloir obtenir l'exécution forcée de l'obligation car cette sanction lui procure des avantages qu'il préfère à ceux qui accompagnent les autres sanctions à sa disposition. *Quid* de l'hypothèse dans laquelle

l'avantage attaché à l'exécution forcée est teinté d'une certaine immoralité, voire plutôt d'une franche illicéité ?

509. Si l'avantage en cause consiste dans la seule obtention de la prestation promise et que cette prestation est illicite, alors le créancier ne pourra pas obtenir l'exécution forcée. La solution repose sur l'article 1221 du Code civil, mais en ce qu'il exclut le droit à l'exécution forcée en cas d'impossibilité juridique de la sanction⁹³⁸. Dans cette situation, l'interdiction légale ou réglementaire qui frappe la prestation promise par le débiteur permet à ce dernier d'échapper à la sanction *in specie* de son manquement⁹³⁹. Par exemple, le créancier qui exige de son débiteur la livraison d'un produit dont la commercialisation est interdite ne peut forcer cette livraison pour en bénéficier lui-même ou pour revendre ce produit, toutes ces opérations étant illicites. A la réflexion, il n'est pas vraiment question ici d'intérêt illicite du créancier pour l'exécution forcée car l'appréhension de cet intérêt présente une certaine pertinence seulement dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, c'est-à-dire lorsque la sanction est possible.

510. La question de l'intérêt illicite du créancier pour l'exécution forcée se pose donc seulement lorsque la prestation en cause est licite en soi, et donc possible juridiquement, mais qu'elle tend vers un objectif final illicite. Un exemple peut illustrer le propos : alors que les pouvoirs publics décident de légaliser la production de plants de cannabis, un pépiniériste fait installer par un professionnel un système de lampes de culture pour assurer la croissance de ses plants. Toutefois, le professionnel commet une faute dans son installation de sorte que les lampes fournissent une température inférieure de deux degrés à celle prévue par le contrat et qui est optimale pour la croissance des plants. Alors que le pépiniériste souhaite obtenir l'exécution forcée du contrat, laquelle nécessiterait de remplacer l'intégralité de l'installation, les pouvoirs publics décident d'interdire de nouveau la production de plants de cannabis. Le pépiniériste peut-il obtenir l'exécution forcée et, surtout, si le débiteur soulève l'exception tirée du coût manifestement disproportionné de la sanction, le pépiniériste peut-il intégrer dans son intérêt le fait que la bonne exécution du contrat lui permettra de mieux produire des plants de cannabis et ainsi

⁹³⁸ Sur cette limite, v. *supra* n° 242.

⁹³⁹ Le débiteur pourra également échapper à l'exécution de la prestation en opposant au créancier la nullité du contrat, si la prestation était illicite *ab initio*, ou sa caducité, si la prestation est devenue illicite par la suite.

d'honorer d'éventuels engagements souscrits par ailleurs ? En soi, l'exécution forcée de l'obligation du débiteur est *a priori* possible car la prestation n'est pas illicite : l'interdiction de la production de plants de cannabis ne signifie pas l'interdiction de l'installation de lampes de culture. Dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, quel pourrait être l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ? Assurément, le pépiniériste pourra évoquer le fait qu'il a finalement obtenu une installation d'une moindre valeur car moins performante que celle prévue. Son intérêt pour l'exécution forcée sera ainsi, *a minima*, constitué par la différence de valeur entre la prestation promise et celle reçue. Au-delà, toutefois, peut-il renforcer son intérêt pour la sanction en invoquant la question de la production de plants de cannabis, pourtant illicite ?

511. Irrecevabilité de l'intérêt illicite du créancier pour l'exécution forcée.-

Le créancier qui se prévaut d'un intérêt illicite pour l'exécution forcée ne trouvera pas d'oreilles compatissantes dans les prétoires. La solution n'est guère surprenante au regard du traitement réservé par ailleurs à l'intérêt illicite, non protégé en responsabilité civile, ou au motif illicite, cause de nullité du contrat.

512. En premier lieu, la responsabilité civile témoigne de la réticence des juges à l'idée de protéger un intérêt qui serait illicite. Il est ainsi classiquement enseigné que l'un des caractères du préjudice réparable est sa légitimité⁹⁴⁰. Autrement dit, la victime d'un dommage peut rechercher la responsabilité de son auteur dans la mesure où l'intérêt lésé – ce qui importe à la victime tant matériellement que moralement – est légitime⁹⁴¹. Cette exigence substantielle trouve un écho sur le terrain processuel puisque l'article 31 du Code de procédure civile prévoit que « [l']action [en justice] est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention (...) »⁹⁴². Les juges n'ont pas hésité à mobiliser le caractère légitime du préjudice et de l'intérêt à agir afin d'exclure la réparation de certains préjudices, l'hypothèse – désormais révolue – de la non-indemnisation du préjudice par ricochet subi par les concubins de victimes de dommages

⁹⁴⁰ Sur ce caractère, v. not. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 271 et s., p. 111 et s.

⁹⁴¹ Rapp., *de lege ferenda*, l'art. 1235 du Projet de réforme de la responsabilité civile (mars 2017) : « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un *intérêt licite*, patrimonial ou extrapatrimonial » (nous soulignons).

⁹⁴² Sur cette exigence, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 190 et s., p. 170 et s.

étant caractéristique⁹⁴³. La démarche n'a pas manqué d'attirer les critiques en ce qu'elle conduit à confondre des éléments substantiels et procéduraux pour servir une démarche moralisatrice⁹⁴⁴. Or si reculé il y a eu quant à l'exigence d'un *préjudice légitime*, il n'y a certainement pas eu un abandon de l'exigence d'un *préjudice licite* : « la jurisprudence a pris ses distances avec les extrapolations désordonnées tirées de la nécessité d'un intérêt légitime à demander réparation du préjudice (...) [mais,] il est exact que, sur le fond, la perte d'un avantage dont l'obtention aurait été contraire au droit ne peut pas être considérée comme un préjudice réparable »⁹⁴⁵. Diverses décisions viennent illustrer la volonté de ne pas protéger un intérêt qui, tout en étant lésé, est illicite. Par exemple, la Cour de cassation a considéré que la victime d'un dommage ne pouvait demander la réparation du préjudice tiré de la perte d'une rémunération non déclarée et donc illicite⁹⁴⁶.

513. En second lieu, le droit des contrats considère que le contrat conclu pour poursuivre un objectif illicite encourt la nullité afin que l'outil contractuel ne soit pas employé comme le support d'un contenu illicite⁹⁴⁷. L'assertion vaut quand la prestation convenue entre les parties est illicite en elle-même, mais aussi lorsque c'est l'objectif poursuivi à travers le contrat qui l'est. Dans ce dernier cas, qui est à rapprocher de l'intérêt illicite du créancier pour l'exécution forcée, le juge n'est pas désarmé pour appréhender les mobiles qui animent les contractants. En effet, jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, l'exigence d'une cause licite était évoquée aux anciens articles 1108 et 1131 du Code civil. Or, en adoptant une conception subjective de la notion de cause, le juge pouvait contrôler l'objectif final du contrat et, en cas d'illicéité de cet objectif, retenir la nullité de l'accord⁹⁴⁸. La disparition formelle de la cause au lendemain de la réforme du droit des contrats n'a pas vocation à bouleverser le traitement antérieur de la question. Si l'article 1162 du Code civil

⁹⁴³ Civ. 27 juillet 1937, *DP* 1938, 2, 160, note R. Savatier. Revirement depuis Ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, p. 201, note R. Combaldieu. Sur la question, v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 272, p. 111 et s.

⁹⁴⁴ Sur cette critique, v. not C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 191, p. 171 (et les références citées).

⁹⁴⁵ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz, 2020, n° 2123.11, p. 563 (nous soulignons).

⁹⁴⁶ Civ. 2^e, 24 janvier 2002, n° 99-16.576, *D.* 2002, p. 2559, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 306, obs. P. Jourdain ; *JCP G* 2003, I, 152, obs. G. Viney.

⁹⁴⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 482 et s., p. 571 et s. ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 452 et s., p. 376.

⁹⁴⁸ Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, n° 94-15.614, *CCC* 1996, comm. n° 166, obs. L. Leveneur (annulation du contrat de franchise qui visait à exercer illégalement la médecine).

marque le remplacement de la cause du contrat par le but du contrat, il faut simplement voir ici un « tour de passe-passe sémantique »⁹⁴⁹. Le juge peut toujours prononcer l'annulation du contrat conclu pour un motif illicite en établissant que le but poursuivi par la partie, déterminant de la conclusion du contrat, est illicite. L'article 1162 du Code civil ajoute, pour couper court à d'anciennes hésitations prétoriennes, qu'il n'est pas nécessaire que les deux parties aient connaissance du but illicite pour que l'accord s'expose à la nullité. En fin de compte, la nullité du contrat pour but illicite est susceptible de constituer pour l'une des parties un moyen de faire échec à la demande en exécution du contrat par l'autre partie.

514. Dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le créancier peut-il se prévaloir d'un intérêt illicite pour cette sanction ? Assurément, le juge ne saurait entendre et valoriser des avantages illicites invoqués par le créancier au soutien de sa demande. La solution inverse exposerait le système à une forme d'incohérence puisque les avantages et mobiles illicites ne sont pas protégés par ailleurs.

515. Plus encore, il n'est pas exclu que le débiteur entende dépasser le débat relatif à la détermination de l'intérêt du créancier en arguant de la caducité du contrat dont l'exécution forcée est demandée. La notion de caducité du contrat « est peu sûre »⁹⁵⁰ et son entrée dans le Code civil à l'occasion de la réforme du droit des contrats, aux articles 1186 et 1187, n'est pas de nature à élucider toutes les interrogations qui l'entourent⁹⁵¹. Lorsqu'elle concerne un contrat isolé, seule hypothèse envisagée ici⁹⁵², « la caducité sanctionne la disparition, en cours d'exécution, de l'un de ses "éléments essentiels" (art. 1186, al. 1^{er}) »⁹⁵³. S'il reviendra à la jurisprudence d'identifier les éléments dits essentiels, il est possible de se demander si la licéité du but du contrat peut en faire partie. Serait ainsi caduc le contrat conclu pour un motif devenu illicite en cours d'exécution. Pour reprendre l'exemple du pépiniériste, le motif licite au moment de la conclusion du contrat – la

⁹⁴⁹ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 301.

⁹⁵⁰ Th. Genicon, V° « Caducité », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

⁹⁵¹ En ce sens, v. le commentaire critique de O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 392 et s.

⁹⁵² Sur la caducité dans le cadre des ensembles contractuels, v. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, op. cit., n° 595 et s., p.477 et s.

⁹⁵³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n° 590, p. 683 et s.

production de plants de cannabis –, devenu illicite à la suite de l'interdiction nouvellement édictée, pourrait entraîner la caducité du contrat. Certains commentaires de l'article 1186 du Code civil laissent à penser que cette voie est exploitable : « [l]a caducité pourrait notamment intervenir en cas d'*illicéité nouvelle* de l'objet ou du but du contrat »⁹⁵⁴. La lettre du texte, peu restrictive, ne s'oppose pas à cette interprétation. Il serait surtout possible d'y voir une forme de prolongation de la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats qui admettait la caducité du contrat pour disparition de la cause⁹⁵⁵. Certes, cette ligne jurisprudentielle n'est pas linéaire et elle concerne essentiellement les engagements unilatéraux, à titre gratuit⁹⁵⁶. Rien ne permet d'affirmer, toutefois, qu'elle a été invalidée par la réforme du droit des contrats ou qu'il faille la cantonner à ces actes unilatéraux⁹⁵⁷. Au demeurant, il faudrait sans doute voir dans l'interprétation proposée une version amendée de la jurisprudence sur la disparition de la cause : il s'agit ici d'une disparition de la *licéité* de la cause, et non pas de son existence concrète. Par conséquent, la question de la stabilité de l'accord se pose autrement que dans l'hypothèse où c'est l'utilité du contrat pour une partie qui disparaît. Le contrat n'est pas ici sacrifié sur l'autel des intérêts d'un contractant, mais sur celui de l'intérêt général, ce qui n'emporte pas les mêmes réserves.

516. Finalement, lorsque l'exécution forcée est possible et qu'une discussion s'engage sur le caractère disproportionné de l'exécution forcée, le créancier ne peut démontrer qu'il dispose d'un intérêt à cette sanction en arguant du fait qu'elle lui permet d'obtenir un avantage qui est en lui-même illicite. L'intérêt du créancier pour l'exécution forcée doit nécessairement être licite car celui-ci figure au sein d'un contrôle juridique qui ne saurait admettre des éléments illicites.

⁹⁵⁴ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, op. cit.*, n° 123.492, p. 104 (l'auteur souligne).

⁹⁵⁵ V. par ex. Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, n° 07-17.646, *RDC* 2009/1, p. 49, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2019, p. 118, obs. B. Fages.

⁹⁵⁶ En ce sens, v. not. Th. Genicon, « Caducité pour disparition de la cause : *requiem* pour une immortelle ? », *RDC* 2016/1, p. 11.

⁹⁵⁷ En ce sens, v. Th. Genicon, *V°* « Caducité », préc., spéc. p. 101.

2) La valorisation objective de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée

517. Nécessité de la valorisation objective.- L'intérêt du créancier pour l'exécution forcée devant s'apprécier subjectivement, le créancier est libre d'invoquer tous les avantages licites qu'il associe au fait d'obtenir la prestation promise. Toutefois, l'énumération de ces avantages n'est pas suffisante pour la mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée. La nouvelle exception posée par l'article 1221 du Code civil repose sur un contrôle d'ordre quantitatif qui requiert la comparaison de deux termes rapportés sur l'échelle monétaire⁹⁵⁸. Ainsi, l'énumération des avantages doit immédiatement être suivie de leur valorisation monétaire. Comment procéder à cette opération ?

518. Dans un premier mouvement, il pourrait sembler logique d'adopter une approche subjective et de confier la mission de valoriser l'intérêt pour l'exécution forcée au créancier lui-même. La solution permettrait d'assurer une forme de continuité avec l'approche subjective qui l'autorise, en amont, à invoquer tous les avantages que lui procure l'exécution forcée. Par exemple, le créancier qui espérait la construction d'une piscine plus longue que celle finalement livrée peut arguer du fait que la démolition-reconstruction lui permettra de mieux profiter de sa piscine et qu'il évalue cet avantage à 100 000 euros. A la réflexion, toutefois, cette solution n'est guère opportune car elle conduirait à placer le contrôle de l'exécution forcée en la seule puissance du créancier. Il lui suffirait de valoriser son intérêt à un niveau équivalent ou supérieur au coût de la sanction pour empêcher toute caractérisation d'une disproportion manifeste. En somme, l'effectivité du contrôle de l'article 1221 du Code civil dicte que la valorisation monétaire de l'intérêt du créancier ne soit pas subjective.

519. S'il s'agit d'adopter une approche objective de la valorisation de l'intérêt du créancier, cette mission doit revenir au juge. La détermination de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée fait donc l'objet d'une coopération entre le créancier et le juge : alors que le premier est souverain quant à liste des avantages licites qu'il associe à l'exécution forcée, le second a le dernier mot sur la valorisation objective de chacun de ces avantages.

⁹⁵⁸ V. *supra* n° 50 et s.

Autrement dit, sous réserve des règles probatoires⁹⁵⁹, le créancier expose les avantages au juge qui décide de leur valorisation ; *da mihi beneficia, tibi dabo valorem*. La question qui accompagne concrètement le juge au moment de cette valorisation monétaire est donc la suivante : combien un créancier placé dans la même situation que le créancier victime de l'inexécution serait prêt à payer pour obtenir l'avantage en question ? Pour répondre à cette interrogation, le juge doit se placer au moment auquel il statue. La solution est logique : les avantages avancés par le créancier n'ont pas été nécessairement extériorisés avant la saisine du juge, et ils peuvent ne pas être connus – y compris du créancier – avant cette saisine. Au-delà, il en va du respect du droit d'option dont jouit le créancier et qui suppose que toute appréciation de l'intérêt de la sanction *in specie* se fasse au moment où le juge statue.

520. Portée de la valorisation objective.- Puisque la valorisation monétaire de l'intérêt du créancier procède d'une approche objective, il s'agit pour le juge de se demander quelle valeur monétaire tout créancier placé dans la même situation attribuerait à l'avantage associé à la sanction. Par exemple, dans l'hypothèse de la piscine dont la longueur est inférieure à celle prévue, le juge doit rechercher la valeur monétaire que tout créancier attribuerait au fait de nager dans une piscine correspondant à la taille prévue, et non pas à celle finalement livrée. Cette solution vient *a priori* tempérer le subjectivisme de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et, corrélativement, le droit à l'exécution forcée dont il bénéficie. Toutefois, outre le subjectivisme pleinement consacré en amont de la valorisation monétaire, cette dernière n'est pas forcément déconnectée de la situation du créancier lorsqu'il s'agit de la réaliser.

521. Afin de protéger au mieux le droit à l'exécution forcée du créancier, la valorisation ne doit pas être déconnectée de la situation personnelle du créancier victime de l'inexécution. Le créancier de référence doit donc être défini en prenant en compte les caractéristiques du créancier dont l'intérêt doit être déterminé. Ainsi, concernant la piscine construite avec une longueur inférieure à celle prévue, il est évident que l'avantage escompté ne sera pas valorisé de la même manière si le créancier est un particulier qui pratique la natation en tant que loisir ou si ce créancier est un club de natation professionnelle.

⁹⁵⁹ V. *infra* n° 620 et s.

522. Conclusion.- Le subjectivisme adopté pour apprécier l'intérêt du créancier est tempéré à deux égards. La cohérence du système juridique et l'effectivité du contrôle doté d'un caractère quantitatif dictent respectivement que l'avantage invoqué par le créancier soit licite et que sa valorisation monétaire, nécessaire pour la comparaison avec le coût de l'exécution forcée, procède d'une approche objective.

523. Conclusion du paragraphe.- L'intérêt du créancier pour l'exécution forcée figure parmi les termes du contrôle de la disproportion manifeste de cette sanction. Ce terme du rapport de proportionnalité doit nécessairement être envisagé de manière subjective afin de préserver le principe du droit à l'exécution forcée que l'article 1221 du Code civil consacre en premier lieu. Il ressort de ce constat que le créancier peut invoquer tous les avantages qu'il associe à l'exécution forcée de l'obligation qui n'a pas été exécutée spontanément. La liberté ainsi reconnue au créancier n'est pas sans limites. Outre le fait que l'avantage avancé doit forcément être licite, sa valorisation ne saurait être subjective. En effet, l'effectivité du contrôle commande que la valorisation de l'intérêt du créancier procède d'une approche objective : il faut donc se demander à quelle hauteur toute personne placée dans la même situation que le créancier valoriserait l'avantage invoqué. Si la méthode exposée fournit un premier cadre à la démarche judiciaire, il n'est pas possible de s'en contenter. L'approche subjective de l'intérêt du créancier appelle, pour la compléter, une approche pragmatique.

§2 LA NECESSITE D'UNE APPROCHE PRAGMATIQUE

524. Le caractère subjectif de l'intérêt du créancier impose au juge d'adopter une approche pragmatique : dans chaque espèce, le créancier a un intérêt particulier pour l'exécution forcée. La question s'expose donc à une casuistique à laquelle il est souhaitable de répondre par un effort de systématisation. Plus particulièrement, il s'agit de rechercher les facteurs qui permettent d'anticiper l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, afin potentiellement d'identifier les situations dans lesquelles l'exception est la plus susceptible de jouer. La démarche est ici compliquée par l'absence de décisions, en nombre suffisant, mettant en œuvre le contrôle de l'article 1221 du Code civil. Toutefois, il est envisageable de poser les jalons de cette systématisation à partir du texte et de ses potentielles applications. Plus particulièrement, si le créancier est libre

d'invoquer tous les avantages licites qu'il associe à l'exécution forcée, ces avantages prennent généralement appui sur des circonstances identifiables constituant des indices à la disposition du juge pour envisager l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Dans une certaine mesure donc, l'article 1221 du Code civil invite les juges à scruter chaque espèce afin de relever les indices permettant d'évaluer l'intérêt intrinsèque (A) comme extrinsèque (B) pour l'exécution forcée.

A) L'INDICE DE L'INTERET INTRINSEQUE POUR L'EXECUTION FORCEE

525. La fonction primaire de l'exécution forcée est de satisfaire le créancier, malgré l'inexécution, en lui fournissant la prestation prévue par le contrat. Si l'intérêt pour l'exécution forcée réside donc dans tous les avantages associés à l'obtention de la prestation, l'intérêt intrinsèque pour cette sanction renvoie aux avantages associés à la prestation en elle-même. Instinctivement, la portée de l'inexécution reprochée au débiteur constitue un indice pour évaluer l'intérêt intrinsèque pour l'exécution forcée. En effet, si la bonne exécution du contrat permet de jouir de tous les avantages attendus, alors plus l'inexécution est importante, plus il est probable que ces avantages fassent en grande partie défaut. Ainsi, bien que la portée de l'inexécution n'ait pas d'incidence sur la mise en œuvre du contrôle (1), il semble qu'elle puisse en avoir sur l'issue du contrôle (2).

1) La portée de l'inexécution : absence d'incidence sur la mise en œuvre du contrôle

526. Nature de l'inexécution : inexécution quantitative et inexécution qualitative.- Parmi les hypothèses d'inexécution, une distinction peut être opérée entre les inexécutions d'ordre quantitatif et les inexécutions d'ordre qualitatif. L'inexécution est qualitative lorsque la prestation fournie ne présente pas la qualité attendue. Par exemple, alors que le propriétaire d'une voiture de course fait la commande de pneus spéciaux pour la conduite sur circuit, le vendeur lui livre des pneus qui permettent seulement une conduite en ville. L'inexécution peut être quantitative lorsque le *quantum* de la prestation fournie est inférieur à celui convenu. Tel est le cas d'un restaurateur qui fait l'acquisition de (70) chaises pour sa terrasse, le fournisseur lui en livrant seulement (50). Rien ne justifie *a priori*

de traiter différemment le contrôle de l'exécution forcée selon sa nature quantitative ou qualitative de l'inexécution. Dans les deux cas, le manquement prive le créancier d'une partie des avantages qu'il attendait de la bonne exécution du contrat : le conducteur de la voiture de course ne peut pas conduire sa voiture sur un circuit comme il l'envisageait et le restaurateur ne peut équiper sa terrasse avec un mobilier homogène. Autrement dit, pour les deux types d'inexécution, le créancier est susceptible d'avoir un intérêt pour l'exécution forcée. En conséquence, la nature de l'inexécution n'est pas un indice que le juge doit scruter particulièrement pour apprécier l'intérêt du créancier.

527. Mesure de l'inexécution : inexécution partielle et inexécution totale.-

Une autre distinction reposant sur la mesure de l'inexécution peut être effectuée. Le créancier est susceptible de faire face à une inexécution partielle ou alors totale de l'obligation souscrite par le débiteur : le restaurateur qui a commandé des chaises pour sa terrasse peut ne pas être livré du tout ou bien seulement recevoir une partie de la commande. Dans les deux cas, toutefois, le créancier est susceptible de disposer d'un intérêt pour l'exécution forcée car c'est par rapport aux avantages attachés à la parfaite exécution que son intérêt est envisagé. Dès lors, il importe peu que l'inexécution soit totale ou partielle car le créancier devrait systématiquement disposer d'un intérêt. La mesure de l'inexécution ne doit donc pas avoir d'incidence sur la *réalisation* du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Il en va peut-être autrement lorsqu'il est question de la *conclusion* dudit contrôle.

2) La portée de l'inexécution : potentielle incidence sur l'issue du contrôle

528. La mesure de l'inexécution : indice de l'importance de l'intérêt du créancier.- La nature de l'inexécution ne semble pas pouvoir constituer un indice sur la conclusion du contrôle de l'exécution forcée, notamment en fournissant des indications sur l'importance de l'intérêt du créancier. Il n'est pas possible de spéculer sur le plus ou le moindre avantage du créancier à obtenir l'exécution forcée en fonction du caractère quantitatif ou qualitatif de l'inexécution. Il en va autrement de la mesure de l'inexécution : plus l'inexécution est importante, plus l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est important. En effet, si la parfaite exécution du contrat est censée procurer au créancier tous les avantages attendus, alors il est logique que plus l'inexécution est importante, plus le créancier est privé de ces avantages. En conséquence, dans cette situation, l'intérêt du

créancier pour l'exécution forcée est plus important et le risque que son droit à l'exécution forcée soit écarté est plus faible. Pour reprendre l'exemple du restaurateur qui souhaite équiper sa terrasse de chaises, il fait peu de doutes que celui qui ne reçoit aucune des chaises commandées associe plus d'avantages à la parfaite exécution du contrat que celui qui en a reçu une partie car ce dernier restaurateur pourra en partie équiper sa terrasse. La mesure de l'inexécution constitue donc un indice de l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution et, indirectement, de la conclusion du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Il peut ainsi paraître plus probable que l'exécution forcée soit jugée manifestement disproportionnée si elle vient sanctionner une inexécution partielle, plutôt qu'une inexécution totale. Il faut toutefois noter que la mesure de l'inexécution constitue seulement un indice parmi d'autres de l'intérêt du créancier qui doit être replacé dans son contexte.

529. L'intérêt du créancier : au-delà de la mesure de l'inexécution.- Il ne faudrait pas se méprendre sur la portée des développements qui précèdent. Si la mesure de l'inexécution constitue un indice de l'intérêt du créancier et, partant, de la conclusion du contrôle de l'exécution forcée, c'est seulement dans la mesure où elle fournit une idée des avantages que le créancier associe à la sanction. Il ne s'agit pas de dire que la nouvelle exception a vocation à jouer seulement lorsque l'inexécution est partielle et, inversement, qu'elle ne jouera pas quand l'inexécution est totale. Ce serait négliger deux aspects importants de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.

530. Le premier aspect procède du fait que l'intérêt du créancier est mobilisé dans le cadre d'un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité et d'ordre quantitatif. Ainsi, l'intérêt du créancier pris isolément n'est pas déterminant : il faut systématiquement le confronter au coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi afin de connaître la conclusion du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Le créancier victime d'une inexécution totale n'est donc pas assuré d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation ; si le coût de la sanction pour le débiteur est très supérieur et que le juge considère qu'il existe une disproportion manifeste, alors la sanction *in specie* est écartée. Inversement, le créancier victime d'une inexécution partielle n'a pas nécessairement plus de chances de se voir opposer avec succès l'exception tirée de la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée ; si le coût de la sanction pour le débiteur n'est pas très supérieur et que

le juge considère qu'il n'y a pas disproportion manifeste, le créancier pourra obtenir l'exécution forcée de l'obligation.

531. Le second aspect repose sur le fait que l'intérêt du créancier procède d'une approche subjective autorisant le créancier à invoquer tous les avantages qu'il associe à l'exécution forcée. Parmi ces avantages, il en est des extrinsèques qui peuvent dépasser de loin les avantages intrinsèques, ou qui viennent s'y ajouter⁹⁶⁰. Dès lors, il est possible qu'une inexécution minime du contrat, laissant croire à un intérêt modeste du créancier pour l'exécution forcée, dissimule en vérité un intérêt extrinsèque très important.

532. Conclusion.- Le créancier est *a priori* intéressé par l'exécution forcée car la sanction lui procure les avantages qu'il associe à la prestation en elle-même. La mesure de l'inexécution peut donc être un indice à la disposition du juge pour cerner avec plus de finesse l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Plus l'inexécution est importante, moins les avantages associés à la prestation ont été fournis au créancier en premier lieu. Partant, plus l'inexécution est importante, plus l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée risque d'être important. Toutefois, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne peut pas être réduit à la seule mesure de l'inexécution. Tout au plus, le caractère partiel ou total de l'inexécution peut servir d'indice de l'intérêt intrinsèque pour l'exécution forcée. Il existe aussi des indices pour apprécier l'intérêt extrinsèque

B) LES INDICES DE L'INTERET EXTRINSEQUE POUR L'EXECUTION FORCEEE

533. Si le créancier peut vouloir obtenir l'exécution forcée en raison des avantages qu'il associe à la prestation promise en elle-même, il peut aussi envisager cette sanction non pas comme une fin mais bien plutôt comme un moyen. Les avantages associés à l'exécution forcée ne se confondent plus avec la prestation promise mais avec ce qui peut être obtenu grâce à cette prestation. C'est dans cette perspective que s'exprime avec le plus de vigueur le subjectivisme de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et, partant, la casuistique de ce terme du rapport de proportionnalité. Il demeure toutefois possible d'identifier les hypothèses typiques d'existence d'un intérêt extrinsèque pour l'exécution

⁹⁶⁰ V. *infra* n° 504.

forcée. Il revient ainsi au juge de prendre en compte les cas où rejeter la sanction *in specie* exposerait le créancier à un mal ou le priverait d'une occasion bénéfique (1). En revanche, il ne semble pas nécessaire que le juge prenne en compte les autres sanctions de l'inexécution du contrat pour évaluer l'intérêt extrinsèque du créancier (2).

1) La prise en compte de l'exposition à un mal et de l'occasion manquée

534. Premier indice de l'intérêt indirect pour l'exécution forcée : l'exposition à un mal.- La prestation promise peut être synonyme pour le créancier d'un avantage indirect dans la mesure où elle s'intègre dans un schéma plus complexe : il serait erroné de voir « le contrat comme un continent superbement isolé alors qu'il peut n'être que l'île d'un archipel animé d'une vie collective »⁹⁶¹. Dans ce cadre, être privé de la prestation est susceptible de compromettre les prévisions du créancier et, partant, l'exposer à un mal.

535. En premier lieu, le créancier s'expose à un mal lorsqu'il compte sur la prestation non fournie pour exécuter lui-même un engagement contractuel souscrit envers autrui, aspiration plus que naturelle tant « [l]e contrat offre aux parties contractantes de s'approprier le futur »⁹⁶². Or, l'inexécution du premier contrat peut conduire à l'inexécution du second accord et donc exposer le créancier à une sanction. Par exemple, si le propriétaire de la voiture de course ayant commandé des pneus spéciaux avait par ailleurs conclu un contrat de mise à disposition de sa voiture précisant qu'elle serait dotée de ces pneus, l'inexécution de la commande engendre l'inexécution du contrat de mise à disposition. Il importe peu que l'inexécution en cause soit totale, partielle, qualitative ou quantitative. De même, peu importe le type de sanction de l'inexécution que le contractant lié au créancier dans le second contrat pourra mettre en œuvre – exécution forcée qui nécessiterait que le créancier du premier contrat obtienne la prestation d'un tiers, résolution, clause pénale, responsabilité contractuelle, etc. – tant que celle-ci constitue un mal pour le créancier du premier contrat. Au-delà de ces sanctions juridiques, le créancier peut également faire

⁹⁶¹ M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, PUT, p. 235, spéc. n° 19.

⁹⁶² H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 643.

valoir que le non-respect de son engagement envers autrui engendrerait une sanction non juridique, notamment une atteinte à sa réputation⁹⁶³. Puisque la bonne exécution du contrat qui le lie au débiteur lui permet d'échapper à un mal, le créancier dispose d'un avantage à l'exécution forcée de l'obligation et donc un intérêt pour cette sanction. Pour invoquer cet intérêt, le créancier doit établir deux choses : la réalité de l'exposition au mal en produisant notamment le contrat sur lequel s'appuie la sanction contractuelle redoutée et la valorisation monétaire de ce mal qui viendra d'adjoindre à la valorisation de l'intérêt intrinsèque de l'exécution forcée. Par exemple, dans l'hypothèse de la voiture de course, s'il est établi que l'intérêt intrinsèque pour la livraison des pneus est valorisé à (40) et que le contrat de mise à disposition contient une clause pénale stipulant une pénalité de (50), alors l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée peut être valorisé à hauteur de (90).

536. En second lieu, au-delà de tout engagement préalable, il est possible que le fait de priver le créancier de la prestation promise le conduise à méconnaître une règle légale ou réglementaire, civile, administrative ou pénale. Or la violation de cette règle peut avoir pour le créancier des conséquences dommageables puisqu'elle l'expose à une sanction pécuniaire, à une sanction *in specie* ou à une atteinte à sa réputation. Par exemple, si le conducteur de la voiture de course a également commandé une pièce à apposer sur son moteur en application d'une réglementation dont le respect est assuré par une amende de (450), alors le fait de ne pas obtenir l'exécution forcée du contrat portant sur la livraison de la pièce l'expose à cette amende. L'un des avantages associés à l'obtention de la prestation est donc le fait d'échapper à l'amende prévue par le texte répressif. L'hypothèse de la violation d'une norme du fait d'une inexécution contractuelle n'est guère anecdotique au regard des phénomènes d'inflation législative et de densification normative⁹⁶⁴. Certains auteurs ont déjà eu l'occasion d'anticiper son importance dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée. Ainsi, en matière de construction, il a été mis en évidence que la « prolifération des contraintes pesant sur les constructions »⁹⁶⁵ augmentait le risque, pour le maître d'ouvrage, d'engager sa responsabilité civile et pénale s'il n'obtient pas la prestation convenue et respectueuse des contraintes précitées. Dès lors, si le débiteur entend échapper à l'exécution forcée en évoquant le coût manifestement disproportionné de la sanction – la

⁹⁶³ V. *supra* n° 255 et s.

⁹⁶⁴ Sur laquelle, v. C. Thibierge (dir.), *La densification normative – Découverte d'un processus*, *op. cit.*

⁹⁶⁵ G. Durand-Pasquier, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », *RDI* 2016, p. 355.

perfection de l'exécution risquant d'être très coûteuse en matière de construction – le maître d'ouvrage peut démontrer l'importance de son intérêt pour l'exécution forcée en évoquant le fait qu'il s'expose à une sanction juridique dont les conséquences dommageables ne sont pas négligeables, notamment s'il s'agit de la destruction de l'ouvrage litigieux. Cette compréhension de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est susceptible de relativiser les craintes exprimées par une partie de la doctrine en matière de construction⁹⁶⁶.

537. Second indice de l'intérêt indirect : l'occasion manquée.- De la même manière que le créancier a éventuellement conclu un contrat pour éviter de voir sa responsabilité engagée du fait de la violation d'une norme, il peut l'avoir fait en ayant à l'esprit une occasion future et, cette fois-ci, bénéfique. Dans ces conditions, le fait de priver le créancier de l'exécution forcée, et donc de la prestation promise, est de nature à lui faire manquer l'occasion envisagée. Par exemple, si le propriétaire de la voiture de course a commandé les pneus spéciaux pour pouvoir conduire lui-même sur un circuit tout en sachant qu'il aurait l'occasion, s'il le souhaite, de mettre sa voiture à disposition d'autres conducteurs, alors ne pas disposer de l'exécution forcée du premier contrat lui fait manquer une occasion future et profitable, même s'il n'a pas encore conclu de contrat avec ces autres conducteurs. Il s'agit donc de savoir si le créancier peut faire figurer dans son intérêt pour l'exécution forcée le fait que ne pas avoir la sanction lui fait manquer une occasion.

538. La problématique n'est pas tout à fait originale et doit être rapprochée de la question de l'indemnisation de la perte de chance dont le traitement est paradoxal⁹⁶⁷. D'un côté, le principe de l'indemnisation de la perte de chance, définie par la jurisprudence comme « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »⁹⁶⁸, est acquis depuis longtemps dans la mesure où il s'agit d'un dommage autonome. Les manifestations prétoriques de l'utilisation du concept de perte de chance pour indemniser la perte d'une éventualité favorable sont légion⁹⁶⁹, l'exemple de l'auxiliaire de justice dont l'incurie empêche son client de former un pourvoi en cassation et lui fait donc perdre une chance de

⁹⁶⁶ Sur ces craintes, v. *infra* n° 750 et s.

⁹⁶⁷ Sur laquelle, v. not. en général M. Bacache-Gibeili, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 382 et s., p. 444 et s. (et les références citées).

⁹⁶⁸ Civ. 1^{re}, 26 novembre 2006, n° 05-15.674, *JCP G* 2007, I, 115, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁹⁶⁹ V. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 280, p. 130 et s.

gagner son procès étant classique⁹⁷⁰. D'un autre côté, force est d'admettre que le concept de perte de chance a perdu en cohérence lorsqu'il a été mobilisé pour surmonter une incertitude tenant à la causalité entre le fait générateur et le dommage, et non plus une incertitude concernant le seul dommage⁹⁷¹. Dans le cadre du présent propos, toutefois, ce phénomène de dénaturation ne contrarie pas l'idée au fondement de l'indemnisation de la perte de chance : « [I]a chance [d'une occasion bénéfique] représentant en soi une *valeur*, sa perte peut être analysée comme un dommage »⁹⁷². Digne de protection en matière de responsabilité civile, la perte de chance ne pourrait-elle pas l'être en matière d'exécution forcée ? Rien ne s'oppose à l'intégration de la perte de chance dans l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Au contraire, l'approche subjective de ce terme du rapport de proportionnalité dicte la prise en compte de l'occasion manquée par le créancier en cas de rejet de l'exécution forcée.

539. Les solutions admises par la responsabilité civile quant à la perte de chance peuvent éclairer les conditions de prise en compte de l'occasion manquée en matière d'exécution forcée. En tant que dommage autonome, la perte de chance doit être certaine : les juges indemnisent seulement la perte réelle d'une chance réelle. Cette position est quelque peu remise en cause par une ligne jurisprudentielle qui veut que toute perte de chance réelle, même minime, doit faire l'objet d'une indemnisation⁹⁷³. Afin de déterminer la mesure de la réparation, il s'agit donc d'opérer un jeu de probabilités : au montant du bénéfice empêché ou du dommage subi est appliqué un pourcentage correspondant à la probabilité que le bénéfice soit obtenu ou que le dommage se réalise si la chance n'avait pas été perdue. Ces éléments de régime peuvent opportunément éclairer la question de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée dans le cadre de l'article 1221 du Code civil. Concrètement, lorsque le créancier soutient que ne pas obtenir l'exécution forcée lui fait manquer une opportunité bénéfique, le juge doit exiger du créancier qu'il démontre la réalité de cette opportunité et de sa perte. Par exemple, le propriétaire de la voiture de course qui espérait la mettre à disposition devrait démontrer qu'il a déjà entrepris des démarches pour trouver de potentiels preneurs pour sa voiture.

⁹⁷⁰ V. par ex. Civ. 1^{re}, 6 octobre 2011, n° 10-24.554.

⁹⁷¹ Sur ce phénomène, v. not. M. Bacache-Gibeili, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 512 et s., p. 646 et s.

⁹⁷² *Ibid.*, n° 384, p. 446 (nous soulignons).

⁹⁷³ Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *D.* 2013, p. 619, note M. Bacache ; *RCA* 2013, comm. 108, obs. F. Leduc ; *RTD civ.* 2013, p. 380, obs. P. Jourdain ; *JCP G* 2013, p. 1291, obs. Ph. Stoffel-Munck.

2) L'absence de prise en compte des autres sanctions de l'inexécution du contrat

540. Les autres sanctions de l'inexécution du contrat : incapacité à constituer des indices de l'intérêt extrinsèque pour l'exécution forcée.- Si l'intérêt extrinsèque pour l'exécution forcée repose sur des circonstances étrangères à la prestation promise, il faut se demander si les autres sanctions de l'inexécution sont susceptibles d'enrichir la discussion relative à cet intérêt. Un auteur a regretté que le nouveau texte ne traite pas cette question : « la rédaction de l'article 1221 aurait gagné à être plus ouverte afin que d'autres paramètres puissent être pris en compte tels que (...) l'accès et l'utilité d'autres sanctions, notamment le remplacement (art. 1222), voire la difficulté plus ou moins aiguë d'évaluer les dommages-intérêts (...) »⁹⁷⁴.

541. Dans un premier mouvement, il est tentant de considérer les autres sanctions pour déterminer l'intérêt extrinsèque du créancier pour l'exécution forcée. Après tout, il ne serait pas surprenant que le créancier qui est sommé d'expliquer sa faveur pour la sanction *in specie* réponde en indiquant qu'il la trouve plus avantageuse que les autres sanctions à sa disposition. Or là où il y a avantage, il semble y avoir intérêt. Les juges pourraient alors s'inspirer du « *test of adequacy* » des dommages-intérêts que leurs homologues dans les systèmes de *Common Law* mettent en œuvre pour déterminer si le créancier peut demander l'exécution forcée de l'obligation⁹⁷⁵. Les juges anglais et américains, notamment, acceptent d'octroyer au créancier l'exécution forcée seulement si les dommages-intérêts ne sont pas considérés comme adéquats, essentiellement lorsque le remplacement est impossible – le caractère unique de la prestation ne permet pas de trouver un substitut sur le marché – ou l'évaluation des dommages-intérêts complexe au regard des circonstances de l'espèce. De retour en France, il s'agirait donc pour les juges de contrôler le caractère adéquat des autres sanctions de l'inexécution pour évaluer l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.

542. Plus particulièrement, il serait envisageable de considérer que l'intérêt du créancier est plus important s'il est difficile, voire impossible, pour lui de procéder au remplacement de son débiteur en vertu de l'article 1222 du Code civil. Il en irait de même

⁹⁷⁴ Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, hors-série, p. 39.

⁹⁷⁵ V. *supra* n° 176 et s.

si l'évaluation des dommages-intérêts demandés sur le fondement de la responsabilité contractuelle s'avère compliquée ou si l'insolvabilité apparente du débiteur laisse à penser qu'il sera difficile pour lui de verser une compensation pécuniaire au créancier⁹⁷⁶. Dans ces deux hypothèses, en effet, le créancier peut trouver plus avantageuse l'exécution forcée car elle lui permet de surmonter les difficultés liées aux autres sanctions de l'inexécution. Inversement, si le remplacement du débiteur ou l'évaluation des dommages-intérêts ne soulèvent pas de difficultés particulières, il pourrait être considéré que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est moindre car la sanction lui procure un avantage relatif. Par exemple, le propriétaire d'une voiture de collection – et non plus de course – commande une pièce détachée qui n'est pas livrée en définitive. Assurément, le créancier ne perçoit pas de la même manière l'exécution forcée selon que la pièce commandée peut être facilement obtenue par ailleurs ou bien, à l'inverse, si elle est extrêmement rare, voire unique. Dans le premier cas, l'exécution forcée ne présente pas un avantage fondamental par rapport au remplacement du débiteur ou aux dommages-intérêts qui peuvent être demandés. Dans le second cas, en revanche, l'exécution forcée constitue un avantage déterminant pour le créancier dont l'espoir d'obtenir la prestation est compliqué, voire anéanti, s'il n'obtient pas la sanction *in specie* de l'inexécution. Ainsi, les autres sanctions de l'inexécution pourraient bien constituer un indice de l'intérêt extrinsèque du créancier, c'est-à-dire un indice qui ne repose pas directement sur l'obtention de la prestation promise, qui vient à la fois augmenter et diminuer l'intérêt global du créancier.

543. Si le fait de mobiliser les autres sanctions de l'inexécution pour évaluer l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est tentant, il semble nécessaire de résister à cette tentation qui présente une difficulté d'ordre logique. Pour s'en convaincre, il s'agit à titre liminaire, que les éléments de l'équation soient repris. D'un côté, il a été vu que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée correspond à tous les avantages qu'il associe au fait d'obtenir la prestation promise dans le contrat⁹⁷⁷. D'un autre côté, le contrôle du caractère adéquat des autres sanctions de l'inexécution vise à vérifier que ces sanctions protègent suffisamment l'intérêt du créancier pour la prestation promise. La juxtaposition met en évidence la difficulté à admettre que l'appréciation des autres sanctions puisse jouer

⁹⁷⁶ Dans la situation d'insolvabilité du débiteur, il n'est pas exclu que l'exécution forcée soit elle-même compliquée en pratique malgré son caractère *in specie* : le débiteur impécunieux pourrait, par exemple, avoir des difficultés à se procurer les éléments nécessaires à la correction en nature de l'inexécution.

⁹⁷⁷ V. *supra* n° 502 et s.

un rôle dans l'évaluation de l'intérêt pour l'exécution forcée. En effet, il n'est pas logique que la détermination des avantages associés à l'obtention de la prestation soit conditionnée par la capacité d'autres sanctions à fournir ces avantages.

544. Au vrai, lorsque le créancier considère que le fait d'obtenir l'exécution forcée est plus avantageux pour lui, il n'a pas à l'esprit l'intérêt pour l'exécution forcée *stricto sensu*, mais l'intérêt de l'exécution forcée *par rapport aux autres sanctions de l'inexécution*. Il ne se prévaut donc pas d'un avantage substantiel, mais d'un avantage processuel qu'il déduit de la comparaison avec les autres sanctions. Cela ne signifie pas que cet avantage processuel ne mérite pas d'être considéré dans l'absolu. Simplement, il est un avantage d'une nature différente à celui suggéré par le contrôle de l'article 1221 du Code civil.

545. Face à ce constat, il est naturel de se demander si la définition de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée *stricto sensu* retenue plus tôt n'est pas trop restrictive et s'il ne faudrait pas la modifier pour laisser une place à l'avantage processuel de l'exécution forcée. Après tout, le *Rapport au Président de la République* suggère qu'une comparaison avec les autres sanctions importe⁹⁷⁸. À la réflexion, toutefois, il n'est pas opportun de procéder à cette extension. D'abord, à la différence de l'avantage substantiel, l'avantage processuel de l'exécution forcée se prête moins à une confrontation avec le coût de la sanction pour le débiteur alors que cette opération est essentielle au contrôle prévu par l'article 1221 du Code civil. Ensuite, et surtout, il est probable que l'extension envisagée méconnaisse l'identité de la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée. En effet, s'il s'agit de prendre en considération l'avantage processuel de l'exécution forcée, il est fort probable que cela entraîne une relativisation excessive de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Il faut s'expliquer : si les autres sanctions de l'inexécution ne permettent pas d'obtenir la prestation recherchée, alors l'intérêt du créancier sera égal à l'intérêt substantiel ; si les autres sanctions de l'inexécution permettent au contraire d'avoir la prestation, alors il existe forcément une relativisation de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Il faut prolonger la réflexion et retenir que dans ce contexte il y a une

⁹⁷⁸ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 31 : « Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit » (nous soulignons).

relativisation du droit à l'exécution forcée justifiée par le fait que le créancier peut obtenir par ailleurs la prestation promise. Or, il y aurait ici une méconnaissance de l'identité de la nouvelle exception. Celle-ci a été élaborée pour tempérer le droit du créancier lorsqu'il cherche à obtenir une prestation prévue par le contrat et que la réalisation de cette prestation par le débiteur est très coûteuse. Elle ne vise pas à remettre en cause le droit du créancier lorsqu'il choisit la sanction la moins appropriée pour le faire. Il y a une différence de nature entre les deux formes de contrôles et l'atteinte à la force obligatoire est autrement plus importante lorsque le juge est amené à contrôler le choix du créancier entre les différentes sanctions à sa disposition. Pour cette raison, les juges ne devraient pas prendre en considération les autres sanctions de l'inexécution pour évaluer l'intérêt du créancier. Cette voie semble avoir été empruntée par les juges à l'occasion de l'application anticipée de l'article 1221 du Code civil⁹⁷⁹. En effet, au moment d'identifier les termes du rapport de proportionnalité ou encore l'existence d'une disproportion manifeste entre eux, il n'est pas fait mention des dommages-intérêts qui pourraient être attribués pour répondre à la violation du règlement de lotissement ayant engendré un « ressenti négatif » pour les créanciers. Or les juges auraient pu aisément mettre encore plus en évidence le caractère illégitime de la demande en exécution forcée en évoquant le fait que le préjudice extrapatrimonial pouvait être aisément réparé par le paiement d'une somme d'argent.

546. Les autres sanctions de l'inexécution du contrat : incapacité à affiner les indices de l'intérêt extrinsèque pour l'exécution forcée.- Lors de la discussion relative à l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, il a été admis que les modalités des autres sanctions de l'inexécution ne peuvent constituer des indices permettant d'évaluer cet intérêt. Toutefois, à titre subsidiaire, est-il possible de les mobiliser pour affiner l'appréhension des indices extrinsèques admis jusqu'alors ?

547. Le créancier peut disposer d'un intérêt pour l'exécution forcée lorsque la sanction lui permet d'échapper à un mal ou de profiter d'une occasion bénéfique⁹⁸⁰. Assurément, pour éviter que le contrôle de l'exécution forcée soit entre les seules mains du créancier, il faut que le juge contrôle la réalité du mal auquel s'expose le créancier et la réalité de l'occasion bénéfique dont il se prévaut. Par exemple, si le créancier estime que

⁹⁷⁹ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.

⁹⁸⁰ V. *supra* n° 534 et s.

le fait de ne pas disposer de la prestation promise l'expose à la sanction attachée à une norme réglementaire, il convient de vérifier que le créancier rentre *a priori* dans le cadre de ladite norme. Or à l'occasion de ce contrôle de la réalité de l'intérêt extrinsèque du créancier, est-il possible d'invoquer la possibilité ou l'utilité des autres sanctions de l'inexécution ? Si l'interrogation trouve une réponse positive, alors le fait de pouvoir aisément remplacer le débiteur, ou trouver un substitut de prestation sur le marché avec les dommages-intérêts octroyés, serait de nature à faire disparaître l'intérêt extrinsèque pour l'exécution forcée. Pour reprendre l'exemple du propriétaire de voiture de course qui espérait la mettre à disposition de conducteur avec des pneus spéciaux pour les circuits automobiles, le débiteur pourrait contester l'intérêt extrinsèque du créancier – l'espérance des contrats de mise à disposition de la voiture – en invoquant le fait que les pneus recherchés peuvent parfaitement être achetés auprès d'un autre revendeur avec les dommages-intérêts octroyés à la suite de la première inexécution.

548. La mobilisation des autres sanctions de l'inexécution pour apprécier la réalité des indices de l'intérêt extrinsèque pour l'exécution forcée doit également être écartée afin de préserver l'identité du contrôle envisagé à l'article 1221 du Code civil. Cette fois-ci, c'est l'approche subjective de l'intérêt du créancier qui dicte cette exclusion. Selon cette approche, le créancier peut invoquer tous les avantages qu'il associe à l'obtention de la prestation promise sans que le juge ne puisse porter un jugement sur leur opportunité⁹⁸¹. Tout au plus le juge peut-il écarter ceux qui sont illicites, vérifier que leur valorisation monétaire repose sur une démarche objective et, pour les indices extrinsèques, opérer un contrôle de leur réalité. Or, si les autres sanctions de l'inexécution venaient à être mobilisées pour apprécier la réalité des indices de l'intérêt extrinsèque de l'exécution forcée, le juge outrepasserait sa mission. En effet, il ne ferait plus un contrôle léger de l'existence de ces indices mais une appréciation de l'opportunité de la demande du créancier. Indirectement, c'est le droit d'option dont jouit le créancier qui se trouverait contesté par une telle solution. Par conséquent, les autres sanctions de l'inexécution qui sont à la disposition du créancier ne peuvent pas être mobilisées pour évaluer la réalité de l'intérêt extrinsèque du créancier pour l'exécution forcée.

⁹⁸¹ V. *supra* n° 498 et s.

549. En définitive, concernant l'appréhension de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, il ne semble pas possible d'invoquer d'une quelconque manière les autres sanctions de l'inexécution. Il en va de la sauvegarde de l'identité du contrôle de l'article 1221 du Code civil qui reste en partie attaché à la préservation du droit à l'exécution forcée dont jouit le créancier. Le constat ne postule pas l'absence de points de contact entre la nouvelle exception et les autres sanctions de l'inexécution : il sera vu en quoi ces sanctions ne doivent pas remettre en cause l'éventuelle caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée⁹⁸².

550. Conclusion.- Le créancier peut vouloir obtenir l'exécution forcée de l'obligation au regard de certains éléments extérieurs à la prestation promise et l'approche subjective impose au juge de considérer cet intérêt extrinsèque pour la sanction. L'identité du contrôle de l'article 1221 du Code civil requiert toutefois qu'un tri soit effectué parmi ces éléments extérieurs. D'un côté, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée est nourri par le constat que l'obtention de la prestation promise permet au créancier d'échapper à un mal ou, à l'inverse, lui permet de profiter d'une occasion bénéfique. Le créancier qui établit la réalité de ce potentiel mal ou de cette potentielle occasion renforce son intérêt pour l'exécution forcée. D'un autre côté, il n'est guère possible de nourrir l'appréhension de l'intérêt du créancier en évoquant la possibilité d'avoir recours à d'autres sanctions pour obtenir la prestation promise, ou encore l'utilité de ces autres sanctions. En effet, il s'agit ici de faire rentrer dans l'analyse un élément qui ne peut faire l'objet d'une valorisation monétaire alors que le contrôle en cause est d'ordre quantitatif. Plus encore, cet élément est de nature à relativiser l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, et ne correspond donc pas à l'identité du contrôle de la sanction évoqué à l'article 1221 du Code civil. Il correspond à un contrôle qui vient bien davantage relativiser le droit à l'exécution forcée du créancier victime de l'inexécution, ce que n'ont pas voulu réaliser les auteurs de la réforme du droit des contrats.

551. Conclusion du paragraphe.- L'intérêt du créancier pour l'exécution forcée varie nécessairement d'une espèce à l'autre au regard de l'approche subjective de ce terme du rapport de proportionnalité. Le juge peut toutefois rechercher, d'une espèce à l'autre, des indices permettant d'identifier l'intérêt du créancier. Un premier indice, révélateur de

⁹⁸² V. *infra* n° 869 et s.

l'intérêt intrinsèque de l'exécution forcée, est la mesure de l'inexécution : plus l'inexécution est importante, plus l'intérêt pour l'exécution forcée risque de l'être. Si la sanction a plus de chance d'être écartée en application du contrôle de l'article 1221 du Code civil lorsque l'inexécution en cause est partielle, il ne faut pas y voir une nécessité. En effet, le contrôle précité requiert également du juge une valorisation monétaire de l'intérêt du créancier et une confrontation avec le coût de la sanction pour le débiteur ; autant d'opérations qui peuvent contredire l'intuition première. D'autres indices viennent quant à eux éclairer l'intérêt extrinsèque du créancier pour l'exécution forcée. Il s'agit cette fois de rechercher les avantages que le créancier associe au fait d'obtenir la prestation promise, mais qui demeurent étrangers à cette prestation. C'est ici que la dimension subjective de l'intérêt est la plus prégnante car il s'agit de prendre en compte le fait que l'exécution forcée permet au créancier d'échapper à un mal ou bien de bénéficier d'une occasion bénéfique, et de protéger ce fait.

552. Conclusion de la section.- Le premier terme du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil est l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Le choix de ce terme n'est en rien anodin.

553. D'abord, il suppose l'adoption d'une approche subjective afin de respecter le droit du créancier à l'exécution forcée en cas d'inexécution de l'obligation. En effet, ce droit reconnu *in limine* par l'article 1221 du Code civil ne permet pas d'opérer un tri parmi les raisons qui poussent le créancier à demander cette sanction de l'inexécution. Il en ressort qu'à l'occasion du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le créancier doit être libre d'invoquer tous les avantages qu'il associe à cette sanction. Les seules réserves à cette approche sont le caractère licite des avantages recherchés et le fait que leur valorisation monétaire fera l'objet d'une approche objective.

554. Ensuite, il conduit le juge à examiner les circonstances de l'espèce pour déterminer en pratique quel est l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Pour l'aider dans sa mission, le juge peut rechercher des indices démontrant que le créancier dispose d'un intérêt plus ou moins important. Plus particulièrement, il peut examiner la mesure de l'inexécution reprochée au débiteur ou encore les conséquences plus lointaines de l'exécution forcée pour le créancier, la sanction lui permettant parfois d'échapper à un mal

ou de bénéficier d'une opportunité bénéfique. Toutefois, il faut bien noter que ces indices restent dans la dépendance de l'identité du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Ils ne sont guère suffisants pour conclure au maintien ou à l'exclusion de l'exécution forcée : il faut envisager leur valorisation monétaire et la confrontation de cette valorisation avec celle du coût de l'exécution forcée. Cette identité peut même conduire à l'exclusion de certains éléments qui auraient pu constituer des indices, telle que la possibilité ou l'utilité des autres sanctions pour sanctionner l'inexécution.

555. Une logique générale ressort du traitement de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, celle de l'acceptation large. Cela n'est pas surprenant car le contrôle de la sanction constitue une exception dont la mise en œuvre doit être respectueuse du principe établi par ailleurs et en premier lieu. Or, l'un des moyens de respecter le principe est d'entendre largement l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. C'est le raisonnement opéré par les auteurs de la réforme du droit des contrats qui ont toléré l'atteinte à la force obligatoire au nom de l'efficacité économique dans la mesure où cette atteinte était modérée⁹⁸³, par le fait que le respect de la volonté soit au maximum protégé. Le respect de la force obligatoire est également préservé au regard de la manière dont est envisagée le second terme du rapport de proportionnalité, le coût de l'exécution forcée pour le débiteur.

SECTION 2 : LE COUT POUR LE DEBITEUR DE BONNE FOI

556. Le second terme du contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil est le « coût [de l'exécution forcée] pour le débiteur de bonne foi ». S'il est acquis que ce coût est nécessairement d'ordre économique et qu'il doit faire l'objet d'une valorisation monétaire⁹⁸⁴, le terme peut recevoir diverses interprétations. Pour opérer un tri, il est de bonne méthode de commencer par identifier celles qui ne semblent guère recevables avant d'envisager celles qui correspondent au texte. Autrement dit, une approche négative (§1) doit précéder une approche positive (§2) du coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi.

⁹⁸³ V. *supra* n° 360.

⁹⁸⁴ V. *supra* n° 77 et s.

§1 L'APPROCHE NEGATIVE

557. Lorsque le débiteur essaye de bénéficier de la nouvelle exception à l'exécution forcée, il ne peut invoquer tous les coûts associés à cette sanction. En visant le « coût [de l'exécution forcée] pour le débiteur », *la lettre du texte* invite le commentateur à exclure de l'analyse le coût de l'exécution forcée pour les tiers (**A**). Au-delà, *l'esprit du texte* justifie deux autres exclusions : celle de la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur ou encore celle des coûts d'opportunité qu'il doit éventuellement supporter (**B**).

A) L'EXCLUSION TENANT A LA LETTRE : LE COUT DE L'EXECUTION FORCEE POUR LES TIERS

558. S'il s'agit de tempérer la volonté du créancier demandant l'exécution forcée du contrat, le coût que représente la sanction pour les tiers étrangers à la convention est une donnée pertinente dans l'absolu (**1**). Il faut toutefois constater que, dans la perspective de l'article 1221 du Code civil, cette donnée doit être écartée (**2**).

1) Le coût de l'exécution forcée pour les tiers : donnée pertinente dans l'absolu

559. Précédents jurisprudentiels.- Le contrôle de l'exécution forcée peut dans l'absolu laisser une place au coût de cette sanction pour les tiers, au regard des conséquences essentiellement matérielles des actions que le débiteur sera amené à réaliser pour corriger l'inexécution du contrat. Certains juges du fond, s'exposant alors à la censure de la Cour de cassation, ont déjà eu l'occasion de rejeter une demande en exécution forcée au regard de ses conséquences préjudiciables pour les tiers⁹⁸⁵. En l'espèce, dans le cadre du bail d'un local à usage commercial dépendant d'un centre commercial, le preneur avait assigné le bailleur en démolition des travaux d'extension que celui-ci avait réalisé préalablement, en application de l'article 1723 du Code civil. Si le texte précité précise bien que « [l]e bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée »,

⁹⁸⁵ CA Bastia, 28 février 1994. La décision sera censurée par Civ. 3^e, 3 avril 1996, n° 94-14.485, *RDI* 1996, p. 427, obs. F. Collart Dutilleul et J. Derruppé.

les juges corses avaient écarté l'exécution forcée car « 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 ». L'argumentation, qui constituait un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée laissant une place certaine au coût de la sanction pour les tiers, n'a pas convaincu la Cour de cassation. La solution n'est pas surprenante car la Cour avait déjà eu l'occasion de censurer un arrêt qui s'était opposé à la destruction d'un escalier ajouté par le bailleur « au motif que celle-ci n'apparaissait pas opportune en raison des avantages indéniables apportés au reste de l'immeuble par cette transformation »⁹⁸⁶. Le rejet de la solution des juges du fond dans ces deux exemples témoigne donc de l'attachement de la Cour régulatrice à la primauté de l'exécution forcée.

560. Au-delà de l'exécution forcée, lorsque les juges soumettent les sanctions de l'inexécution du contrat à un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité, les conséquences de la sanction choisie par le créancier vis-à-vis des tiers sont susceptibles d'entrer en ligne de compte. Il en va ainsi en matière de résolution du contrat pour inexécution, l'intervention du juge assurant un certain égard pour l'intérêt des tiers et l'intérêt général⁹⁸⁷. Malgré l'inexécution du contrat, sa résolution pourrait être écartée pour préserver l'intérêt d'un tiers, lequel serait malmené si la disparition du contrat devait être décidée. Par exemple, lorsqu'un immeuble est vendu par adjudication et que l'acheteur ne paye pas le prix de vente, l'anéantissement du contrat demandé par le vendeur est susceptible d'être écarté au regard « des inconvénients que la résolution présenterait pour le créancier poursuivant, obligé d'engager une nouvelle poursuite de saisie immobilière »⁹⁸⁸. Ainsi, à l'occasion de leur appréciation souveraine du manquement suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat, les juges du fond ont la capacité de prendre en compte le coût *lato sensu* de cette sanction pour les tiers.

561. Justification économique.- Le fait d'envisager le coût de l'exécution forcée pour les tiers à l'occasion du contrôle de la sanction se justifie économiquement. Comme

⁹⁸⁶ Civ. 1^{re}, 14 octobre 1964, *Bull.* 1964, n° 445.

⁹⁸⁷ Sur cet aspect, v. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 507 et s., p. 360 et s.

⁹⁸⁸ Civ. 3^e, 22 mars 1983, n° 81-13.508, *RTD civ.* 1985, p. 165, obs. J. Mestre.

vu précédemment, la recherche de l'efficacité économique s'entend notamment du non-gaspillage des ressources économiques⁹⁸⁹. Or d'un point de vue strictement économique, il n'y a pas lieu à discriminer selon qu'un gaspillage résulte du coût vis-à-vis du débiteur ou d'un tiers car l'objectif est la maximisation des richesses sans égard à leur distribution. Ainsi, lorsque le créancier exige de son débiteur l'exécution forcée de l'obligation et que cette sanction est susceptible d'être préjudiciable pour un tiers, si le créancier dispose d'un intérêt de (100), que l'exécution forcée coûte (30) au débiteur et que cette sanction entraîne un coût de (80) au tiers, alors la sanction doit être regardée comme inefficace, malgré son efficacité *inter partes*. Le constat n'est pas sans incidence sur la question de la prise en compte du coût de la sanction pour les tiers dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée. Comme ce contrôle entend participer à la maximisation des richesses, il pourrait être justifié que le coût de l'exécution forcée pour les tiers soit pris en compte par le juge. Toutefois, la lettre du texte laisse entendre que cette donnée doit être écartée.

2) Le coût de l'exécution forcée pour les tiers : donnée écartée par l'article 1221 du Code civil

562. Le fondement de l'exclusion : la lettre du texte.- La lettre de l'article 1221 du Code civil ne laisse pas de place au doute : en visant le coût de l'exécution forcée *pour le débiteur*, les auteurs de la réforme n'ont pas souhaité que le coût de la sanction pour les tiers puisse venir relativiser le droit à l'exécution forcée du créancier. Le juge, qui doit s'en tenir à une interprétation stricte des termes de l'exception, ne peut intégrer dans son raisonnement les éventuelles conséquences dommageables de la sanction pour les tiers. La solution inverse reviendrait à contredire la volonté des auteurs de la réforme qui ont sciemment décidé d'écarter cette donnée. Cela est d'autant plus vrai que les commentateurs du projet d'ordonnance n'avaient pas manqué d'attirer l'attention sur la possibilité de faire rentrer le coût de la sanction pour les tiers dans le critère du « coût manifestement déraisonnable »⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ V. *supra* n° 273 et s.

⁹⁹⁰ V. par ex. P. Grosser, « Observations », in J. Ghestin (dir.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 78, spéc. sous l'article 1221.

563. Relativisation de la finalité économique de l'exception.- Certains commentateurs ont jugé « [qu']il est regrettable que l'intérêt des tiers ne soit pas entré en ligne de compte ! »⁹⁹¹ ou encore que « la rédaction de l'article 1221 aurait gagné à être plus ouverte afin que d'autres paramètres puissent être pris en compte tels que (...) [les] répercussions néfastes de l'exécution forcée sur les tiers »⁹⁹². Le reproche se comprend au regard de la finalité économique du contrôle de l'exécution forcée : prendre en compte le coût de la sanction pour les tiers permet d'affiner le jugement économique porté sur la demande du créancier. Toutefois, la relativisation de la finalité économique de l'exception n'appelle pas forcément une condamnation. Si le contrôle de l'exécution forcée est resté au milieu du gué, il s'agit davantage d'un choix conscient des auteurs de la réforme qui ne remet pas totalement en cause l'esprit économique de l'exception. En effet, à l'instar de la force obligatoire, l'efficacité économique n'est pas un objectif qui repose sur une logique du tout ou rien : la moindre entorse à l'objectif poursuivi ne le disqualifie pas nécessairement. Bien plutôt, les contours de l'efficacité économique sont malléables et la poursuite de cette finalité peut être écartée lorsque d'autres intérêts et valeurs s'y opposent. Quant au contrôle de l'exécution forcée, si l'objectif économique de l'exception est relativisé par l'exclusion du coût de la sanction pour les tiers, l'entorse peut trouver une justification dans la volonté de ne pas porter une atteinte trop importante au droit à l'exécution forcée du créancier, volonté qui s'appuie sur la force obligatoire du contrat. Ouvrir la voie à la prise en compte de l'intérêt des tiers, c'est augmenter le risque d'écarter la sanction *in specie* et c'est compliquer considérablement le contrôle du juge. En effet, s'il faut considérer la situation des tiers, de quels tiers s'agit-il ? Assurément, il revient au juge de faire un tri entre tous ceux pour qui l'exécution forcée est préjudiciable. Or l'opération est extrêmement délicate. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer le débat autour de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers et de son éventuelle consécration à l'occasion de la réforme de la responsabilité civile⁹⁹³. En effet, si le second alinéa de l'article 1234 du Code civil, tel qu'issu du Projet de réforme de 2017, entend limiter la responsabilité contractuelle des contractants à l'égard des seuls « tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution » du contrat, il a été dit combien cette restriction n'en était

⁹⁹¹ M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n° 270, p. 15, note n° 12. L'auteur ne précise pas si cette prise en compte a trait à l'intérêt positif ou négatif – ou les deux – des tiers.

⁹⁹² Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », préc., p. 39.

⁹⁹³ Sur les termes du débat, v. not. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 20 et s., p. 31 et s.

pas une⁹⁹⁴. Et, pour en revenir au contrôle de l'exécution forcée, celui qui s'aventurerait à prendre seulement en compte le coût de la sanction pour les tiers qui ont un intérêt légitime à la mauvaise exécution du contrat ferait face à la même critique. Le débiteur pourrait évoquer la situation de tous ceux qui se trouveraient négativement concernés par l'exécution forcée de l'obligation afin d'échapper à cette sanction. En fin de compte, prendre en considération la situation des tiers risque de porter une atteinte trop importante au droit à l'exécution forcée et donc à la force obligatoire du contrat, tout espoir de restreindre l'examen à quelques tiers identifiés en amont étant peine perdue.

564. Prolongement de l'exclusion du coût de l'exécution forcée pour les tiers : l'exclusion du coût environnemental de l'exécution forcée.- Dans un récent article⁹⁹⁵, il a été proposé de limiter le droit à l'exécution forcée en raison du coût environnemental de cette sanction. L'auteur est conscient que, dans sa formulation actuelle, l'article 1221 du Code civil ne permet pas au juge de confronter l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et l'intérêt environnemental. Cela s'explique par le fait que *seul* l'intérêt du débiteur est envisagé par la précédente disposition, à l'exclusion de l'intérêt des tiers ou de l'intérêt général dont fait partie l'intérêt environnemental. Il est vrai, en revanche, que le coût environnemental de l'exécution forcée peut incidemment rentrer dans le contrôle de l'exécution forcée tel que prévu aujourd'hui, si le coût financier pour le débiteur et le coût environnemental coïncident : voilà que la destruction suivie de la reconstruction d'un ouvrage représente un coût financier *pour le débiteur*, mais aussi un coût *pour l'environnement* en raison de l'utilisation de matières premières, etc⁹⁹⁶. Il s'agit simplement ici de prolonger le constat souvent fait lorsqu'est envisagée la réparation civile du préjudice écologique, à savoir que l'atteinte à l'environnement peut être traitée par le truchement de

⁹⁹⁴ En ce sens, v. not. J.-S. Borghetti, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017, p. 1846, spéc. n° 13 et s.

⁹⁹⁵ G. Wester, « Le coût environnemental de l'exécution forcée en nature », *RLDC* 2022, avril, p. 25. Rapp. D. Hiez, « Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, LexisNexis, 2021, p. 365. V. déjà M. Faure-Abbad, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 181, spéc. n° 24, p. 197.

⁹⁹⁶ G. Wester, « Le coût environnemental de l'exécution forcée en nature », préc., spéc. p. 27.

particuliers, le préjudice environnemental étant alors subjectif, mais aussi en tant que tel, le préjudice écologique étant objectif ou « pur »⁹⁹⁷.

565. Faut-il, comme le soutient l'auteur de l'article cité, consacrer une nouvelle exception à l'exécution forcée et, ce faisant, modifier l'article 1221 du Code civil⁹⁹⁸ ? Il est difficile de nier que l'intérêt environnemental joue un rôle grandissant en droit des obligations en général, et en droit des contrats en particulier⁹⁹⁹. D'aucuns voient dans l'avenir le développement d'un « contrat durable »¹⁰⁰⁰ et, puisque la protection de l'environnement est déjà une valeur reconnue par le système juridique, elle pourrait constituer un obstacle à cette autre valeur qu'est la force obligatoire du contrat. Après tout, c'est en suivant ce raisonnement qu'il avait été considéré que l'atteinte à la force obligatoire engendrée par la nouvelle exception à l'exécution forcée était justifiée, car elle était contrebalancée par une autre valeur, à savoir la promotion de l'efficacité économique¹⁰⁰¹. Toutefois, pour le dire trivialement, l'existence d'une valeur justificative ne fait pas tout ; c'est une minutieuse pesée des valeurs en présence qu'il faut réaliser. Or, il faut bien admettre que la consécration d'une exception environnementale à l'exécution forcée engendrerait une remise en cause très importante de la sanction et donc de la force obligatoire. Comme pour le coût de l'exécution forcée pour les tiers, il est très difficile de circonscrire le coût environnemental de la sanction *in specie* et il est très probable qu'il soit souvent bien supérieur à l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Si la destruction-reconstruction d'un ouvrage nécessite une matière première dont l'obtention a un impact sur la faune et la flore d'une zone géographique donnée, comment évaluer cet impact et *a fortiori* la part de l'exécution forcée litigieuse dans cet impact ? Il ne semble pas raisonnable de relativiser le droit à l'exécution forcée du créancier sur des bases aussi peu stables, d'autant qu'il est d'autres moyens de protéger l'intérêt environnemental dans le cadre de l'exécution forcée sans consacrer une nouvelle exception. D'abord, cela a été dit, l'intérêt environnemental se trouve partiellement protégé lorsqu'il coïncide avec le coût

⁹⁹⁷ Sur la question, v. M. Bacache-Gibeili, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 456, p. 583 et s.

⁹⁹⁸ G. Wester, « Le coût environnemental de l'exécution forcée en nature », préc., *passim*.

⁹⁹⁹ Sur la question, v. en général P. Lequet, *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, LGDJ, 2022, préf. F. Pasqualini, av.-pr. M. Malaurie Vignal ; A. Stévignon, *Le climat et le droit des obligations*, LGDJ, 2022, préf. N. Molfessis.

¹⁰⁰⁰ Sur le sujet, v. not. M. Fabre-Magnan, « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 435, spéc. p. 443 et s.

¹⁰⁰¹ V. *supra* n° 322 et s.

financier de la sanction pour le débiteur. Ensuite, dans l'exercice de leur liberté contractuelle¹⁰⁰², les parties peuvent déroger à l'appréhension légale du coût de l'exécution forcée et se mettre d'accord sur le fait que le coût environnemental de la sanction *in specie* sera pertinent dans le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil. Il ne serait pas surprenant qu'un contractant, dans une logique de responsabilité sociale des entreprises (RSE), admette de relativiser son droit à l'exécution forcée en raison de ses conséquences environnementales. Ensuite, rien n'empêche aux pouvoirs publics d'identifier certains éléments particulièrement sensibles sur le plan environnemental et d'interdire le recours à l'exécution forcée si celle-ci requiert d'utiliser ces éléments ; il serait alors fait échec à la sanction *in specie* en raison de son impossibilité juridique envisagée à l'article 1221 du Code civil. En fin de compte, les contours de la force obligatoire et de l'exécution forcée procédant d'un choix politique, le plus opportun pour qui entend faire concilier force obligatoire et protection de l'environnement est de ne pas consacrer une nouvelle exception tirée du coût environnemental de l'exécution forcée.

566. Conclusion.- La lettre de l'article 1221 du Code civil ne vise pas le coût de l'exécution forcée pour les tiers au contrat et, en conséquence, le juge ne peut prendre en compte cet élément pour relativiser le droit à l'exécution forcée du créancier, pas plus que le coût environnemental de la sanction. Si la solution peut surprendre au regard de la finalité économique que se propose de poursuivre l'exception et de la montée en puissance de l'intérêt environnemental, elle est justifiée par la volonté louable de ne pas remettre trop en cause la primauté de l'exécution forcée.

¹⁰⁰² V. *infra* n° 810 et s.

B) LES EXCLUSIONS TENANT A L'ESPRIT : LA SITUATION PATRIMONIALE DU DEBITEUR ET LES COUTS D'OPPORTUNITE

567. L'approche négative du coût de l'exécution forcée pour le débiteur ne peut reposer sur la seule lettre de l'article 1221 du Code civil. L'esprit de l'exception permet de prolonger cette approche et ainsi d'exclure de la situation patrimoniale du débiteur (1) ainsi que les coûts d'opportunité qu'il supporte (2).

1) La situation patrimoniale du débiteur

568. Position du problème.- Si l'article 1221 du Code civil requiert du juge qu'il considère le coût strictement financier de l'exécution forcée pour le débiteur, doit-il le faire en ayant égard pour la situation patrimoniale du débiteur ? Autrement dit, la solvabilité ou l'insolvabilité du débiteur est-elle de nature à modifier ce terme du rapport de proportionnalité qu'est le coût de l'exécution forcée pour le débiteur ? La question, posée par certains auteurs favorables à une conception subjective de ce terme du rapport de proportionnalité¹⁰⁰³, est importante car la teneur comme l'issue du contrôle sont bien différentes selon la réponse apportée.

569. L'assertion peut être illustrée avec l'exemple qui suit : l'obligation d'un contrat n'est pas exécutée, permettant *a priori* au créancier d'exiger du débiteur l'exécution forcée de l'accord initial, l'intérêt pour le créancier d'obtenir l'exécution forcée étant invariablement de (100). Dans une première hypothèse (x), la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur pourra restreindre le champ de l'exécution forcée : si le coût objectif¹⁰⁰⁴ de la sanction pour lui est de (130), mais qu'il se trouve par ailleurs en situation d'insolvabilité, alors le créancier pourrait voir sa demande en exécution forcée rejetée puisque son coût subjectif est susceptible d'être important pour un débiteur déjà exsangue sur le plan financier. Dans une seconde hypothèse (y), à l'inverse, la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur peut étendre le champ de l'exécution

¹⁰⁰³ V. par ex. N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 130. Adde C. Jamin, « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du Code civil », préc.

¹⁰⁰⁴ V. *infra* n° 583 et s.

forcée : si le coût objectif de la sanction pour le débiteur est de (1350), mais qu'il se trouve par ailleurs dans une situation patrimoniale plus que florissante, alors le juge peut être amené à prononcer l'exécution forcée puisque son coût objectif n'est pas de nature à faire chanceler le débiteur par ailleurs doté sur le plan financier.

570. Exclusion de la situation patrimoniale du débiteur dans l'étude du coût de l'exécution forcée pour le débiteur.- Si les commentaires de l'article 1221 du Code civil s'interrogent sur la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur¹⁰⁰⁵, la plupart d'entre eux y sont hostiles¹⁰⁰⁶. Cette opinion est difficilement contestable, tant la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur dans le cadre de l'article 1221 du Code civil conduirait à méconnaître l'esprit de l'exception.

571. D'abord, admettre que la situation patrimoniale du débiteur rentre en ligne de compte méconnaît la logique quantitative sur laquelle repose le contrôle de l'article 1221 du Code civil. En effet, alors que ce contrôle nécessite la comparaison de deux valeurs commensurables, il est à craindre qu'une telle commensurabilité n'existe pas si une conception subjective du coût de l'exécution forcée venait à être admise. Comment comparer effectivement l'intérêt du créancier et le coût de l'exécution forcée lorsque ce coût est pondéré par les capacités financières du débiteur ? Rajouter dans l'équation la situation patrimoniale du débiteur fait perdre au coût de l'exécution forcée sa commensurabilité avec l'intérêt du créancier. Au demeurant, il serait bien artificiel de vouloir renouer avec cette commensurabilité en appliquant une forme de coefficient au coût objectif, selon que le débiteur est en bonne ou mauvaise situation patrimoniale.

572. Ensuite, et surtout, c'est la finalité de l'exception étudiée qui est malmenée si la situation patrimoniale du débiteur est prise en compte. Le contrôle de l'exécution forcée vise à promouvoir l'efficacité économique de la sanction en limitant les hypothèses de gaspillage des ressources du débiteur¹⁰⁰⁷. Or, plusieurs auteurs ont relevé que la prise en

¹⁰⁰⁵ V. not. M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », préc., spéc. n° 12.

¹⁰⁰⁶ V. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit., n° 128.112, p. 146 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n° 780, p. 871 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, op. cit., n° 471, p. 365 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 638, p. 587.

¹⁰⁰⁷ V. *supra* n° 271 et s.

compte de la situation patrimoniale du débiteur reviendrait à « doter [l'exécution à l'exécution forcée] d'une logique qui lui est étrangère, celle de la prévention et du traitement de l'insolvabilité »¹⁰⁰⁸. Il est vrai que la conception subjective du coût de l'exécution forcée pour le débiteur entraîne un dépassement de la mission confiée *prima facie* au contrôle de l'article 1221 du Code civil, à savoir lutter contre les inefficiences les plus criantes tout en préservant la primauté de l'exécution forcée. L'hypothèse (x) envisagée plus tôt le montre : malgré l'absence de disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier et le coût objectif de la sanction pour le débiteur, et donc l'absence d'inefficacité économique importante, la sanction souhaitée par le créancier se trouverait neutralisée à cause de la situation financière du débiteur. La solution est d'autant plus problématique qu'un réel risque d'inégalités point si dans des situations rigoureusement identiques – deux créanciers disposant du même intérêt pour l'exécution forcée face à deux débiteurs s'exposant au même coût objectif – l'une donne lieu à l'exécution forcée quand l'autre ne le fait pas en raison de la situation financière du débiteur ; « commencerait-on à discriminer suivant la fortune des uns et des autres ? »¹⁰⁰⁹. Il est encore plus vrai que la conception subjective du coût de l'exécution forcée est susceptible d'engendrer un gaspillage des ressources et donc d'aller tout à fait à l'opposé de l'esprit de l'exception. Comme le montre l'hypothèse (y), l'exécution forcée pourrait être accordée malgré un gaspillage important de ressources au regard de la comparaison de l'intérêt du créancier et du coût objectif de l'exécution forcée.

573. En définitive, il faut rejeter la proposition d'une « libre lecture de l'article 1221 du Code civil »¹⁰¹⁰ qui voudrait que la situation patrimoniale du débiteur soit prise en compte. Certes, cette proposition répond à une situation factuelle bien réelle, à savoir les difficultés de paiement rencontrées par certains débiteurs. Toutefois, l'outil confié au juge par l'article 1221 du Code civil n'a pas été pensé par les auteurs de la réforme pour traiter ces difficultés. Partant, le juge qui s'obstinerait à utiliser cet outil dans ce sens risquerait de compromettre le véritable usage auquel il est destiné, sans d'ailleurs avoir la certitude qu'il soit efficace pour l'usage détourné.

¹⁰⁰⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 780, p. 871.

¹⁰⁰⁹ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, *op. cit.*, n° 471, p. 365.

¹⁰¹⁰ C. Jamin, « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du Code civil », *préc.*

2) Les coûts d'opportunité

574. Position du problème.- Lorsqu'il fait valoir auprès du juge que l'exécution forcée représente pour lui un coût manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier, le débiteur invoque les dépenses qu'il doit positivement engager pour corriger l'inexécution de l'obligation¹⁰¹¹. Peut-il également intégrer dans l'équation certains gains que la sanction l'empêche de réaliser par ailleurs ? La littérature économique désigne ces gains manqués comme des « coûts d'opportunité » ou « *opportunity costs* », c'est-à-dire « le coût lié à la renonciation d'avantages dont on aurait pu bénéficier si on avait fait un autre choix »¹⁰¹².

575. Il est certain que l'exécution forcée s'accompagne de coûts d'opportunité pour le débiteur : outre le coût objectif de la sanction, le débiteur supporte le coût de ne pas pouvoir mobiliser ses ressources pour d'autres occasions bénéfiques auxquelles il doit donc renoncer. À titre d'illustration, dans une hypothèse (z), un créancier exige de son débiteur l'exécution forcée qui représente pour lui un coût objectif de (80), étant entendu qu'un tiers propose par ailleurs au débiteur un contrat susceptible de lui procurer un gain de (1500) pour un investissement de (75) – investissement que le débiteur ne peut réaliser s'il doit procéder à l'exécution forcée. Pour le débiteur, dans cette hypothèse (z), le coût global de l'exécution forcée est constitué de son coût objectif – (80) – et de son coût d'opportunité – (1500) –, soit (1580). Permettre au débiteur d'invoquer les coûts d'opportunité de l'exécution forcée peut donc changer l'issue du contrôle de la sanction. Par exemple, si l'hypothèse (z) est complétée par l'intérêt du créancier évalué à (100), une disproportion manifeste existe entre cet intérêt et le coût global de l'exécution pour le débiteur évaluée à (1580), alors qu'aucune disproportion manifeste existait entre cet intérêt et le coût objectif.

576. Exclusion des coûts d'opportunité dans l'identification du coût de l'exécution forcée pour le débiteur.- Faut-il prendre en compte les coûts d'opportunité afin de déterminer le coût de l'exécution forcée pour le débiteur ?

¹⁰¹¹ V. *infra* n° 582 et s.

¹⁰¹² R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, op. cit., p. 71.

577. S'il s'agissait d'adopter une approche strictement économique, il faut apporter une réponse positive. En effet, la prise en compte des coûts d'opportunité permet de libérer le débiteur lorsqu'il a l'occasion de mobiliser plus efficacement ses ressources économiques. Dans l'hypothèse (z) intégrant l'intérêt du créancier, accorder l'exécution forcée entraînerait une création de richesses de (20) alors que la refuser produirait une création de richesses de (1 325). L'objectif de maximisation des richesses plaide donc en faveur de la prise en compte des coûts d'opportunité. Or, le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée participe justement à cet objectif en évitant que le juge prononce une sanction demandée par le créancier mais inefficace.

578. Toutefois, il est désormais acquis qu'une approche strictement économique peut ne pas être retenue ici : la recherche de la maximisation des richesses n'est pas absolue et il est possible que certains aspects du régime de l'exception dérogent à sa finalité économique. Le droit allemand, qui a précédé le droit français avec le § 275 II BGB, semble avoir fait le choix de la dérogation : « les “coûts d'opportunité” (*opportunity costs*) ne font pas partie des “dépenses” prises en compte du côté du débiteur [;] jamais une “grave disproportion” ne saurait résulter du fait que le débiteur pourrait réaliser un meilleur profit en utilisant ailleurs ses ressources requises pour l'exécution »¹⁰¹³. La doctrine allemande justifie cette solution par le fait que le contrôle de la sanction doit prendre en considération la répartition des risques et qu'en concluant le premier contrat, « le débiteur a renoncé à la chance de faire une meilleure affaire par ailleurs »¹⁰¹⁴. Cette solution devrait traverser le Rhin pour être intégrée au régime de l'article 1221 du Code civil, même si elle de nature à réduire les gains d'efficacité de la nouvelle exception à l'exécution forcée. En effet, l'argument tiré de la répartition des risques est tout à fait transposable au texte français : le débiteur ne peut exciper d'une occasion manquée alors que son premier comportement – conclure le contrat initial avec le créancier – excluait qu'il puisse bénéficier de cette occasion. La solution contraire, au demeurant, serait difficilement conciliable avec l'opposition habituellement formulée à l'encontre des fautes contractuelles lucratives¹⁰¹⁵, même si l'exclusion vise ici à la fois les fautes lucratives objectives et subjectives.

¹⁰¹³ C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Etude droit comparé franco-allemand*, op. cit., n° 360, p. 295.

¹⁰¹⁴ F. Faust et V. Wiese, « Specific Performance – A German Perspective », in J. Smits, D. Haas et G. Hesen (dir.), *Specific Performance in Contract Law: National and other perspectives*, Intersentia, 2008, p. 47, spéc. p. 56.

¹⁰¹⁵ V. *supra* n° 250 et s.

579. En définitive, afin de préserver l'esprit de l'exception, il importe d'exclure de l'analyse du coût de l'exécution forcée pour le débiteur les coûts d'opportunité qu'engendrent la sanction.

580. Conclusion.- L'approche négative du coût de l'exécution forcée pour le débiteur est opportunément affinée par la prise en considération de l'esprit de l'exception. Ainsi, il est apparu que la tension existante quant à la finalité de l'exception – promouvoir l'efficacité économique de l'exécution forcée sans céder totalement face à cet objectif – devait rejaillir sur son régime. Ainsi, une acception du coût de l'exécution forcée pour le débiteur, par ailleurs légitime d'un point de vue économique, a dû être écartée : les coûts d'opportunité ne devraient ainsi pas rentrer en ligne de compte à l'occasion de l'application de l'article de 1221 du Code civil. Quant à l'appréhension de la situation patrimoniale du débiteur, elle doit être écartée car elle méconnaît à la fois la finalité précitée de l'exception et le type de contrôle sur laquelle elle repose.

581. Conclusion du paragraphe.- Le débiteur ne peut pas invoquer tous les coûts qu'il associe à l'exécution forcée afin de respecter la lettre et l'esprit de l'exception prévue à l'article 1221 du Code civil. Plus particulièrement, le coût pour les tiers, le coût environnemental de l'exécution forcée, la situation patrimoniale du débiteur et les coûts d'opportunité pour le débiteur devraient être indifférents. Ces clarifications effectuées, il convient désormais d'envisager ce à quoi renvoie positivement le coût de l'exécution forcée pour le débiteur.

§2 L'APPROCHE POSITIVE

582. L'approche négative du coût de l'exécution forcée pour le débiteur a considérablement restreint les éléments susceptibles d'être invoqués pour faire échec au prononcé de cette sanction. L'approche positive de ce terme du rapport de proportionnalité confirme cette restriction : le coût de l'exécution forcée pour le débiteur correspond au seul coût objectif supporté par lui afin de corriger l'inexécution (A). Même si cette acception ne permet pas d'identifier *a priori* les hypothèses où le débiteur est susceptible de contester l'exécution forcée en invoquant son coût manifestement disproportionné, un affinement est

envisageable. En effet, il est probable que le débiteur essaye de mobiliser le contrôle de l'article 1221 du Code civil lorsqu'il n'a pas anticipé un tel coût de correction de l'inexécution. Ainsi, il semble exister une corrélation entre la contestation de l'exécution forcée et l'anticipation du coût de correction de l'inexécution (B).

A) LE COUT OBJECTIF SUPPORTE PAR LE DEBITEUR POUR CORRIGER L'INEXECUTION

583. Les divers commentaires portant sur l'article 1221 du Code civil assimilent le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et celui des mesures permettant de corriger l'inexécution (1). L'opportunité de l'assimilation est indéniable puisqu'elle permet de respecter l'identité de l'exception (2).

1) Le constat de l'assimilation entre coût de l'exécution forcée pour le débiteur et coût des mesures permettant de corriger l'inexécution

584. Commentaires de l'article 1221 du Code civil.- Lorsqu'ils envisagent positivement le coût de l'exécution forcée pour le débiteur, les commentateurs retiennent qu'il s'agit du « coût de la prestation »¹⁰¹⁶ ou encore que « ce qui importe, c'est le coût de l'exécution forcée elle-même »¹⁰¹⁷. De manière générale, ils insistent sur le fait que la détermination de ce terme du rapport de proportionnalité doit procéder d'une démarche objective : le coût « s'apprécie objectivement, au regard des frais à mettre en œuvre »¹⁰¹⁸, ou encore « l'onérosité [doit] être appréciée objectivement »¹⁰¹⁹.

585. Droit comparé.- L'approche suggérée par les commentaires peut se targuer du soutien du droit comparé, notamment du droit allemand et du § 275 II BGB. Le juge allemand envisage « les efforts ou dépenses que doit fournir le débiteur pour exécuter sa

¹⁰¹⁶ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit., n° 128.112, p. 146

¹⁰¹⁷ Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », préc. Rapp. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 549 et s.

¹⁰¹⁸ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 638, p. 587.

¹⁰¹⁹ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, op. cit., n° 471, p. 365. Adde J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – L'acte juridique*, op. cit., n° 766, p. 1046.

prestation »¹⁰²⁰. En effet, le débiteur qui entend bénéficier de l'exception doit présenter l'ensemble des dépenses qu'il aura à effectuer afin de corriger l'inexécution, pour que les termes initiaux du contrat soient respectés. Il s'ensuit que la question du coût de l'exécution forcée pour le débiteur est éminemment casuistique : tout dépend de l'inexécution et des moyens d'y remédier.

2) L'opportunité de l'assimilation entre coût de l'exécution forcée pour le débiteur et coût des mesures permettant de corriger l'inexécution

586. Respect de l'identité de l'exception.- L'assimilation qui vient d'être présentée est opportune en ce qu'elle respecte l'esprit de l'exception évoquée par l'article 1221 du Code civil. En effet, il avait été reproché à la conception subjective – intégrant la situation patrimoniale du débiteur ou encore ses coûts d'opportunité – de méconnaître cet esprit. Un tel grief ne peut être adressé à une conception objective du coût de l'exécution forcée. D'abord, le fait que le coût des mesures s'exprime dans une valeur monétaire autorise la comparaison avec l'intérêt du créancier dans le cadre d'un contrôle de la disproportion manifeste d'ordre quantitatif. Ensuite, et surtout, cette conception objective est en accord avec la finalité de l'exception : éviter que le créancier puisse demander l'exécution forcée de l'obligation lorsque celle-ci est la source d'une inefficience trop importante.

587. Conclusion.- Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le contrôle de l'article 1221 du Code civil, le coût de l'exécution forcée pour le débiteur correspond à tous les frais qu'il doit effectivement engager pour remédier à l'inexécution. L'approche objective de ce terme du contrôle permet d'en respecter l'esprit mais n'empêche pas de plonger la matière dans une certaine casuistique. Or, s'il est difficile de dire avec précision quand est-ce que le débiteur envisagera de contester le droit à l'exécution forcée sur le fondement du contrôle de la disproportion manifeste, il semble exister une corrélation entre cette contestation et l'anticipation du coût de la correction de l'inexécution.

¹⁰²⁰ C. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemand*, op. cit., n° 359, p. 294. Adde T. Tiehm et T. A. Heiß, « La disproportion manifeste du coût de l'exécution en nature (art. 1221 du Code civil), une perspective allemande », préc., p. 826.

B) LA CORRELATION ENTRE CONTESTATION DE L'EXECUTION FORCEE ET ANTICIPATION DU COUT DE CORRECTION DE L'INEXECUTION

588. Tout débiteur de bonne foi est susceptible d'invoquer la nouvelle exception à l'exécution forcée pour échapper à cette sanction. Toutefois, il est possible d'identifier le profil relativement typique de celui qui pourrait exciper de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. L'étendue de l'inexécution est ici d'un secours relatif : il n'est guère difficile de trouver des exemples d'inexécutions minimales qui nécessitent des mesures correctives très coûteuses, de la même manière que des inexécutions totales peuvent être corrigées sans bourse – trop – délier¹⁰²¹. Au vrai, c'est l'anticipation – ou plutôt l'absence d'anticipation – du coût de correction de l'inexécution qui semble déterminante. En effet, le débiteur anticipe généralement le risque d'inexécution et de sanction en le répartissant, le cas échéant, entre tous ses contractants. Or il est des cas où l'inexécution est telle que les contraintes liées à l'exécution forcée et qui la rendent particulièrement onéreuses ne pouvaient être anticipées. En somme, c'est en cas d'absence d'anticipation face à la correction de l'inexécution que le débiteur jugera que le coût de la sanction est excessif et qu'il aura tendance à mobiliser le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. L'absence d'anticipation peut concerner le nombre d'étapes nécessaires à la bonne exécution de l'obligation (1) ou l'augmentation du coût d'un élément nécessaire à la bonne exécution de l'obligation (2).

1) L'absence d'anticipation du nombre d'étapes nécessaires à la bonne exécution de l'obligation

589. Ajout d'étapes intermédiaires à la bonne exécution.- Le débiteur peut ne pas anticiper une augmentation du nombre des étapes nécessaires à la bonne exécution de l'obligation. Or cette augmentation s'accompagne mécaniquement d'un accroissement du coût de la prestation. Il en va ainsi lorsque le respect de la prestation sur laquelle les parties se sont accordées nécessite la destruction de ce qui a préalablement été réalisé par le

¹⁰²¹ Comp. J.-S. Borghetti, « A la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 131, spéc. n° 19, p. 140, pour qui le débiteur se plaindra du coût de l'exécution forcée essentiellement lorsque sera en jeu une « mauvaise exécution », c'est-à-dire une exécution qui diffère en qualité avec celle promise.

débiteur dans le cadre du contrat. Plusieurs décisions déjà envisagées illustrent le fait que la correction qui requiert successivement une destruction puis une reconstruction peut être très coûteuse pour le débiteur. Il en va ainsi pour le débiteur contraint de détruire la piscine achevée une première fois pour en reconstruire une qui respecte les termes du contrat, à savoir qu'elle soit dotée d'un escalier de quatre marches et non pas trois¹⁰²². Il en va de même pour le débiteur à qui le juge ordonne de détruire l'annexe d'un chalet qu'il venait de bâtir pour en reconstruire une qui n'entraîne pas l'obstruction de l'une des fenêtres de l'habitation¹⁰²³. Au demeurant, il importe peu que la destruction concerne un ouvrage préalablement réalisé par le débiteur, l'ouvrage en lui-même constituant l'inexécution. En effet, il n'est pas à exclure que l'inexécution du contrat affecte un ouvrage existant et que sa correction requiert une destruction puis une reconstruction aux frais du débiteur.

590. Création ou modification du processus de production nécessaire à la bonne exécution.- La bonne exécution du contrat peut parfois nécessiter du débiteur qu'il mette en œuvre un processus de production particulier. Or il est possible que ce débiteur n'ait pas anticipé cet aspect ou bien qu'il soit contraint de modifier celui qu'il comptait mettre en œuvre initialement. Or, la création ou la modification du processus de production peut entraîner des frais très importants pour le débiteur, frais qu'il n'avait peut-être pas anticipés. Par exemple, il en va ainsi lorsque le respect du contrat oblige le constructeur de véhicule à relancer la production d'un modèle qui n'est plus produit, une telle opération étant particulièrement coûteuse¹⁰²⁴. De la même façon, si pour diverses raisons – matérielles ou réglementaires – le débiteur ne peut exécuter le contrat de la manière habituelle, mais doit en concevoir une nouvelle – ou s'en approprier une pratiquée par d'autres opérateurs –, alors respecter les termes du contrat peut se révéler plus coûteux que prévu du fait des étapes de conception ou d'appropriation.

¹⁰²² Civ. 3^e, 17 janvier 1984, préc.

¹⁰²³ Civ. 3^e, 16 juin 2015, préc.

¹⁰²⁴ Com., 5 octobre 1993, n° 90-21.146, préc. En l'espèce, les juges ont rejeté la demande en exécution forcée dans la mesure où – ce qui est contestable – il y avait impossibilité matérielle. Sous l'empire du nouveau droit des contrats, une telle hypothèse serait sans doute envisagée par le prisme du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

2) L'absence d'anticipation de l'augmentation du coût d'un élément nécessaire à la bonne exécution de l'obligation

591. Augmentation du coût d'un élément initial de l'exécution.- Le débiteur qui n'a pas anticipé l'augmentation du coût d'un élément nécessaire à la bonne exécution de l'obligation peut considérer que l'exécution forcée sera très coûteuse pour lui et envisagera de contester cette sanction en excipant de son caractère manifestement disproportionné. À titre d'illustration, si un artisan ébéniste accepte de fabriquer un bureau dont le plateau est d'une essence particulière et que le prix de marché de cette essence s'est envolé, alors le débiteur aura tendance à considérer que le coût de l'exécution forcée en cas d'inexécution de sa part sera trop excessif de sorte qu'il tentera d'échapper à cette sanction en invoquant l'article 1221 du Code civil¹⁰²⁵.

592. Conclusion.- À chaque exécution forcée correspond un coût particulier pour le débiteur, ce coût étant fonction des mesures à mettre en œuvre pour respecter l'accord conclu par les parties. Il reste que lorsque cette exécution suppose de rajouter une étape à ce qui était initialement envisagé, ou que l'un des éléments de cette exécution se révèle plus onéreux qu'initialement prévu, il n'est pas rare que le débiteur considère le coût de la sanction comme excessif. En aucun cas la remarque ne préfigure l'issue du contrôle de l'exécution forcée : il est bien d'autres éléments, à commencer par l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, qui rentrent en ligne de compte pour décider de l'exclusion de la sanction.

593. Conclusion de paragraphe.- L'approche positive du coût de l'exécution forcée pour le débiteur conduit à retenir, avec d'autres, une conception objective de ce coût correspondant aux frais nécessaires à la correction de l'inexécution. Une telle restriction permet de respecter l'identité de l'exception, tant dans son outil que sa finalité, sans remettre en cause de manière excessive la primauté de l'exécution forcée en cas d'inexécution du contrat. La restriction ainsi opérée ne permet toutefois pas de faire échapper la question à une grande casuistique. Tout au plus est-il possible de relever une certaine corrélation entre le caractère excessif du coût étudié et l'augmentation du nombre

¹⁰²⁵ Sur les chances de succès, minimes, d'une telle stratégie notamment pour échapper aux règles tirées de la révision pour imprévision, v. *infra* n° 711 et s.

d'étapes pour exécuter l'accord ou l'augmentation du coût d'un des éléments initiaux du contrat.

594. Conclusion de la section.- Qu'est-ce que le « coût [de l'exécution forcée] pour le débiteur » ? L'approche négative de ce terme a permis de substantiellement limiter les « postes de coût » dont le débiteur pourrait se prévaloir : le coût de la sanction pour les tiers, les coûts d'opportunité et la situation patrimoniale du débiteur ne peuvent être invoqués dans le débat. Prenant acte du rejet d'une conception subjective du coût de l'exécution pour le débiteur, l'approche positive du terme conduit à retenir une conception objective : le coût de l'exécution forcée pour le débiteur correspond aux dépenses associées à la correction de l'inexécution. Sans que la proposition épuise un débat éminemment casuistique, il a également été constaté que le débiteur était susceptible de considérer le coût étudié comme excessif lorsqu'il n'avait pas anticipé les mesures correctives à mettre en œuvre.

595. Conclusion du chapitre.- L'étude de la mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée requiert, en premier lieu, d'envisager les termes du rapport de proportionnalité. Le premier de ces termes, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, repose sur une approche à la fois subjective et pragmatique. L'intérêt du créancier correspond ainsi à tous les avantages qu'il associe au fait d'obtenir la prestation promise, l'identification de ces avantages se faisant grâce à la recherche d'indices. A l'inverse, le coût de l'exécution forcée pour le débiteur repose sur une approche objective : il correspond aux frais que le débiteur doit engager pour corriger l'inexécution de l'obligation. La différence qui existe dans l'appréhension des deux termes ne doit pas surprendre, la faveur pour la situation du créancier s'expliquant par le fait qu'il est victime de l'inexécution et qu'il bénéficie *a priori* d'un droit d'option entre les différentes sanctions. Ainsi, la primauté de l'exécution forcée se trouve en partie sauvegardée et résonne dans le régime de l'exception évoquée par l'article 1221 du Code civil. Au-delà des questions relatives aux termes du rapport de proportionnalité, il faut également envisager celles qui ont trait au rapport en lui-même.

CHAPITRE 2 : LE RAPPORT DE PROPORTIONNALITE EN LUI-MEME

596. L'identification de ce qu'il faut entendre par intérêt et coût de l'exécution forcée n'est qu'un préalable à la confrontation des deux termes du rapport de proportionnalité évoqué par l'article 1221 du Code civil. Ce rapport suscite lui-même diverses interrogations dont les réponses sont déterminantes pour la mise en œuvre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Alors qu'une première question a trait à l'aspect substantiel du rapport de proportionnalité, puisqu'elle renvoie au seuil de la disproportion manifeste (**Section 1**), d'autres relèvent davantage de l'aspect procédural de ce rapport et portent sur la démonstration de la disproportion manifeste (**Section 2**).

SECTION 1 : L'ASPECT SUBSTANTIEL DU RAPPORT : LE SEUIL DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

597. À partir de quand est-il possible d'admettre l'existence d'une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ? Malgré son importance, la question est négligée par l'article 1221 du Code civil. Il a même été vu en quoi l'absence de contrainte directe sur l'appréciation judiciaire de la disproportion manifeste, contrebalancée par un appel à une certaine retenue, participait de l'identification du nouveau contrôle de l'exécution forcée¹⁰²⁶. L'appel à la retenue en question fournit une aide relative pour fixer en pratique le seuil de la disproportion manifeste et il est probable que le juge adopte une approche pragmatique de ce seuil, recherchant dans les faits de chaque espèce des éléments qui pourraient le conduire à retenir un seuil plus ou moins élevé. Dans cette démarche, l'esprit de l'exception en général, et sa finalité essentiellement économique en particulier, pourraient fournir une aide précieuse. Il s'agit donc de prolonger ici les développements antérieurs montrant que l'exception ne vise pas à porter un jugement moral sur le comportement du créancier, mais bien plutôt à juger

¹⁰²⁶ V. *supra* n° 125 et s.

sa demande dans une perspective économique¹⁰²⁷. En fin de compte, l'esprit de l'exception dicte le rejet des facteurs qui participeraient d'une approche morale de l'exception (§1), seuls ceux compatibles avec l'approche économique de l'exception étant admissibles (§2).

§1 LE REJET DES FACTEURS PARTICIPANT D'UNE APPROCHE MORALE DE L'EXCEPTION

598. L'examen de la finalité de la nouvelle exception à l'exécution forcée a montré qu'elle ne relevait pas d'une approche morale, faute de filiation avec l'exigence de bonne foi ou la théorie de l'abus de droit¹⁰²⁸. Le constat doit être prolongé sur le terrain du régime de l'exception, en particulier sur celui de la détermination du seuil de la disproportion manifeste. Ainsi, pour opérer le contrôle de l'exécution forcée, le juge ne peut considérer les facteurs qu'il utilise habituellement dans le cadre des contrôles présentant une dimension morale. L'exclusion des facteurs d'ordre moral pour le contrôle de l'exécution forcée (**B**) se comprend mieux en ayant à l'esprit ceux qui sont mobilisés pour les contrôles présentant une dimension morale (**A**).

A) LES FACTEURS MOBILISES POUR LES CONTROLES PRESENTANT UNE DIMENSION MORALE

599. Pour être anciennes et centrales, l'exigence de bonne foi et la théorie de l'abus de droit ne se présentent pas simplement au juge. En effet, c'est une chose que de dire que les parties doivent négocier, former et exécuter le contrat sans méconnaître l'exigence de bonne foi, cela en est une autre que de fixer le seuil où le comportement litigieux bascule dans la mauvaise foi et appelle donc une sanction. Il en va de même pour l'abus de droit en matière contractuelle. Certes, le juge qui entend appréhender l'intention de nuire du contractant ou le détournement d'une prérogative contractuelle sonde respectivement l'esprit du contractant et celui de la clause. En revanche, lorsqu'il examine l'abus de droit en raison d'une contrariété à l'exigence de bonne foi, le juge se trouve bien plus démuné et contraint de tracer seul la frontière entre le comportement toléré et celui

¹⁰²⁷ V. *supra* n° 271 et s.

¹⁰²⁸ V. *supra* n° 380 et s.

réprimandé. Or pour l'aider dans cette mission, il lui faut envisager l'ensemble des faits de l'espèce et rechercher des facteurs lui permettant de fixer un seuil de la mauvaise foi plus ou moins élevé. L'objectif des facteurs examinés par le juge apparaît alors : il s'agit de déterminer le degré de confiance légitime entre les parties (1). Il convient par la suite de présenter ces divers facteurs (2).

1) L'objectif des facteurs : la détermination de la confiance légitime entre les parties

600. Recherche des facteurs pour apprécier le niveau de confiance légitime entre les parties.- Les facteurs qui sont mobilisés par le juge afin d'apprécier le manquement à l'exigence de bonne foi n'ont pas directement trait à cette exigence. À l'occasion de la caractérisation de la mauvaise foi d'une partie au contrat, le juge adopte une approche objective en comparant le comportement litigieux à celui qu'aurait adopté le « bon contractant »¹⁰²⁹. Cependant, une certaine difficulté existe car « la bonne foi apparaît comme une notion à contenu variable »¹⁰³⁰ du fait de son ancrage moral. D'une relation à l'autre, le seuil de la déloyauté n'est guère similaire et les exigences qui pèsent sur une partie varient d'un contrat à l'autre. Pour surmonter cette difficulté source d'insécurité juridique, certains auteurs ont proposé d'avoir recours à la notion – antique¹⁰³¹ – de confiance légitime : « dans l'appréciation *in abstracto* du manquement à l'[ancien] article 1134 alinéa 3, la confiance en la loyauté normalement attendue est donc la variable qui affine au cas par cas l'analyse »¹⁰³². Autrement dit, plus la relation contractuelle litigieuse est placée sous le sceau de la confiance légitime, plus l'atteinte à l'exigence de bonne foi sera aisément caractérisée. Les facteurs qui permettent en définitive d'apprécier le manquement à l'exigence de bonne foi ont donc en premier lieu trait à la notion de confiance légitime. Or cette dernière semble également reposer sur un autre critère : l'altérité entre les parties¹⁰³³. « [M]oins les parties sont étrangères l'une à l'autre, plus la

¹⁰²⁹ Sur l'objectivité de la bonne foi, v. not. R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 304 et s., p. 245 et s.

¹⁰³⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 220, p. 197.

¹⁰³¹ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 313, p. 249.

¹⁰³² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 239, p. 209.

¹⁰³³ *Ibid.*, n° 241 et s., p. 210 et s. Comp. R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 432 et s., p. 347 et s., qui fait varier le degré de confiance légitime en fonction de la nature de la relation contractuelle qui organise un rapport de pouvoir ou de devoir.

loyauté se fera exigeante, et plus le modèle de comparaison en fonction duquel s'apprécie *in abstracto* le manquement à l'[ancien] article 1134 al. 3 sera paré de vertus »¹⁰³⁴. En définitive, le seuil de la mauvaise foi est fonction de l'altérité qui existe entre les parties.

2) La diversité des facteurs pour mesurer la confiance légitime entre les parties

601. Si le seuil de la mauvaise foi dépend de la confiance légitime entre les parties et si cette confiance légitime repose sur l'altérité qui existe entre elles, alors il faut rechercher les facteurs objectifs et subjectifs qui permettent au juge de mesurer le degré de rapprochement ou d'éloignement des contractants¹⁰³⁵.

602. Facteurs objectifs de la proximité entre les contractants.- Le contrat peut être intégré dans un contexte tel que le juge peut objectivement constater une certaine proximité entre les parties, proximité qui laisse à penser qu'au moins l'une d'entre elles place en l'autre une confiance plus importante que si elle avait contracté avec la première personne venue.

603. Un tel phénomène peut d'abord résulter de l'antériorité de la relation entre les parties : plus les parties entretiennent une relation contractuelle ancienne, plus elles ont raison de croire en la bienveillance de l'une envers l'autre, de sorte que le champ de l'exigence de bonne foi sera plus important¹⁰³⁶. La question de la rupture brutale de la relation commerciale établie permet d'illustrer l'importance de l'ancienneté de la relation sur les règles juridiques qui la gouvernent. En effet, l'article L. 442-1, II du Code de commerce permet d'engager la responsabilité de celui qui rompt brutalement – c'est à dire sans préavis écrit en tenant notamment compte de la durée de la relation commerciale – une relation commerciale qui se caractérise par son ancienneté¹⁰³⁷. Ainsi, l'ancienneté de la relation entre les parties importe pour le principe même de la protection, mais également

¹⁰³⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 244, p. 213.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, n° 246 et s., p. 214 et s.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, n° 248 et s., p. 215 et s.

¹⁰³⁷ Sur la question, v. not. F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 369 et s., p. 294 et s.

sur les modalités de la protection, preuve que la durée des relations contractuelles est susceptible de faire naître une plus grande confiance légitime entre les contractants.

604. La proximité entre les parties peut ensuite procéder du fait qu'elles partagent un intérêt commun : la communauté d'intérêt « oblige le plus souvent à une collaboration effective pour assurer le succès de l'entreprise commune, elle conduit les parties à mieux se connaître et les incite, dans une vision optimiste de l'homme, à se faire davantage confiance »¹⁰³⁸. Cette fois-ci, c'est la question du mandat d'intérêt commun qui est susceptible de témoigner du renforcement de la confiance légitime que suppose l'intégration des parties dans une même entreprise. Alors que le mandant peut en principe mettre fin librement à la mission du mandataire, la caractérisation du mandat d'intérêt commun fait échec à la révocation *ad nutum*, le mandant devant une indemnité à son cocontractant, sauf s'il établit sa faute ou l'existence d'un juste motif¹⁰³⁹. Assez clairement donc, l'existence d'un intérêt commun est synonyme de confiance réciproque entre les parties et donc d'un renforcement de la bonne foi entre elles.

605. La proximité entre les parties peut enfin être déduite de la relation de dépendance dans laquelle l'une se trouve par rapport à l'autre et, partant, augmente l'exigence de loyauté qui pèse sur le dominant s'il a créé cette situation¹⁰⁴⁰. Pour illustrer ce facteur de proximité, qui se couple parfois avec celui de l'antériorité de la relation contractuelle, il suffit de penser à l'arrêt *BP c/ Huard* qui a posé l'obligation de renégocier le contrat en cas de changement de circonstances rendant l'exécution du contrat particulièrement onéreuse pour l'une des parties¹⁰⁴¹. L'exclusivité de la relation entre le pompiste et la société pétrolière attestait de la proximité entre les contractants et donc la nécessité d'une confiance légitime entre eux.

606. Facteurs subjectifs de la proximité entre les contractants.- Le juge ne peut méconnaître les éléments subjectifs de la relation contractuelle qui plaideraient pour un renforcement ou une relativisation de la confiance que place les parties l'une envers

¹⁰³⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 252, p. 218.

¹⁰³⁹ Sur la question, v. not. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, n° 703 et s., p. 484 et s.

¹⁰⁴⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 255 et s., p. 221 et s.

¹⁰⁴¹ Com., 3 novembre 1992, préc.

l'autre¹⁰⁴². Que l'exigence de bonne foi soit d'ordre public ne signifie pas que celle-ci échappe tout à fait à l'emprise des contractants : au moment de la conclusion du contrat ou de son exécution, les parties peuvent adopter un comportement qui laisse à penser que la relation qu'elles entretiennent est placée sous le sceau de la coopération ou, à l'inverse, de la préservation des intérêts personnels.

607. Conclusion.- La fixation du seuil de la mauvaise foi par le juge repose sur la confiance légitime qui existe entre les parties, laquelle dépend de la proximité qu'elles entretiennent. Le juge recherche donc des éléments factuels objectifs et subjectifs permettant d'établir la proximité ou, à l'inverse, l'altérité des parties. Or, de tels facteurs doivent être rejetés pour déterminer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

B) LE REJET DES FACTEURS D'ORDRE MORAL POUR DETERMINER LE SEUIL DE LA DISPROPORTION MANIFESTE DE L'EXECUTION FORCEE

608. Les facteurs qui viennent d'être présentés aident le juge pour déterminer successivement le degré d'altérité entre les parties, la confiance légitime qu'elles placent l'une dans l'autre et, en définitive, le seuil à partir duquel le comportement d'une partie est susceptible de basculer dans la mauvaise foi. Il est également tentant de les mobiliser pour fixer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, lequel serait donc fonction de la confiance légitime que les parties placent l'une dans l'autre (1). La tentation doit toutefois être combattue afin de préserver l'identité de l'exception à l'exécution forcée (2).

1) La tentation de fixer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée en fonction de la confiance légitime entre les parties

609. Affinement possible de l'appréciation judiciaire de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- S'il est certain que le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation de l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité, il est possible

¹⁰⁴² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, op. cit., n° 258 et s, p. 225 et s.

dans l'absolu qu'il détermine le seuil de la disproportion manifeste au regard de la proximité ou, au contraire, de l'altérité qui existe entre le créancier et le débiteur.

610. Les circonstances objectives telles que l'ancienneté de la relation contractuelle, l'existence d'un intérêt commun ou l'état de dépendance pourraient être exploitées pour identifier le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Ainsi, il serait possible d'admettre que plus la relation existante entre le créancier et le débiteur est ancienne, plus le premier devrait admettre facilement d'abandonner une sanction qui causerait au débiteur un préjudice important. Partant, si un juge estime qu'il y a, de manière générale, disproportion manifeste lorsque le coût de l'exécution forcée est x fois plus important que son intérêt, il pourrait retenir un multiplicateur plus faible si les deux parties entretiennent depuis longtemps une relation juridique. De la même manière, l'existence d'un intérêt commun entre les parties ou d'un état de dépendance de l'une envers l'autre pourraient conduire le juge à retenir un seuil de disproportion manifeste inférieur à celui qu'il appliquerait à l'occasion d'une relation où les parties n'affichent aucune forme de proximité. Au-delà, des circonstances subjectives pourraient accroître ou réduire cette proximité et donc, potentiellement, influencer le juge dans la détermination du seuil de la disproportion manifeste.

2) La protection de l'identité de l'exception à l'exécution forcée

611. Incompatibilité des facteurs d'ordre moral avec la finalité économique du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- Mettre en relation la proximité entre les parties et le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée permettrait d'affiner la mise en œuvre du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Néanmoins, force est d'admettre que procéder de la sorte entraînerait un malheureux mélange des genres. En effet, les facteurs examinés plus tôt sont pertinents dans le cadre d'un contrôle du comportement des contractants relevant d'une approche morale. Les mobiliser dans le cadre de l'article 1221 du Code civil reviendrait à intégrer le contrôle de l'exécution forcée dans une perspective morale : le créancier devrait renoncer à cette sanction car, dans les circonstances de l'espèce influençant le seuil de la disproportion manifeste, elle méconnaîtrait la confiance légitime que le débiteur a placé en lui à cause de la proximité qui existe entre les contractants. Une telle démarche contredit les conclusions

dégagées à l'occasion de l'analyse des finalités de l'exception. Cette recherche a permis de démontrer qu'aucune filiation ne saurait être établie entre la nouvelle exception à l'exécution forcée et l'exigence de bonne foi ou la théorie de l'abus de droit, lesquelles reposent pour partie sur une logique morale. Bien plutôt, c'est la promotion de l'efficacité économique qui est au fondement du nouveau contrôle judiciaire de l'exécution forcée. Dès lors, il serait malvenu de faire réapparaître au moment du régime de l'exception les traces d'une approche rejetée au moment de l'identification de ses traits essentiels¹⁰⁴³.

612. Conclusion.- Dans l'absolu, les facteurs qui permettent de déterminer le degré de confiance légitime qui existe entre les parties peuvent être mobilisés pour affiner le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Toutefois, il n'est guère possible de le faire dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil car celui-ci ne relève pas d'une logique morale.

613. Conclusion du paragraphe.- Dans sa quête du seuil de la disproportion manifeste, le juge pourrait être tenté de mobiliser certains facteurs qu'il utilise pour apprécier si un comportement contrevient à l'exigence de bonne foi. La proximité des parties pourrait ainsi amener le juge à retenir un seuil de disproportion manifeste inférieur à ce qu'il ferait par ailleurs. Si cette approche permettrait des gains de prévisibilité, elle doit être écartée sans hésitation puisqu'elle relève d'une logique morale, alors que le contrôle de l'exécution forcée ne repose en aucun cas sur une telle logique. Le constat ne signifie pas pour autant qu'il est impossible d'identifier des facteurs qui permettraient d'affiner l'analyse judiciaire. Ces facteurs existent et sont admissibles, à la condition d'être compatibles avec l'esprit de l'exception à l'exécution forcée.

§2 L'ADMISSIBILITE DES FACTEURS COMPATIBLES AVEC L'ESPRIT DE L'EXCEPTION

614. Si la proximité des parties ne semble pas être un facteur pertinent pour la détermination du seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, il en est peut-être un autre qui l'est dans la mesure où il ne méconnaît pas l'esprit de l'exception. Pour

¹⁰⁴³ Il n'est pas exclu, toutefois, que les parties décident de donner une certaine coloration morale à ce contrôle en stipulant une clause relative à son exercice par le juge. V. *infra* n° 817.

rappel, cet esprit consiste en la conciliation entre la promotion de l'efficacité économique de l'exécution forcée et l'absence de remise en cause trop radicale de la primauté reconnue à cette sanction. Il s'agit donc de rechercher si des éléments de l'espèce examinée par le juge peuvent l'influencer dans la détermination du seuil de la disproportion manifeste tout en gardant une certaine pertinence au regard de l'objectif d'efficience et celui de protection du droit à l'exécution forcée. Faute de décisions en nombre appliquant l'article 1221 du Code civil, il faut proposer un critère susceptible d'influencer le seuil de la disproportion manifeste : l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Ce critère doit faire l'objet d'une présentation (A), mais aussi d'une justification (B) au regard de sa nécessaire conformité à l'esprit de l'exception.

A) LA PRESENTATION DU CRITERE TIRE DE L'IMPORTANCE DE L'INTERET DU CREANCIER POUR L'EXECUTION FORCEE

615. Corrélation entre l'intérêt du créancier et le seuil de la disproportion manifeste.- Le juge pourrait fixer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée au regard de l'importance de l'intérêt du créancier pour la sanction, créant ainsi un lien entre ces deux éléments. La proposition doit être explicitée. Il ne s'agit pas de dire que plus l'intérêt du créancier est monétairement important, plus il faut que le coût de l'exécution forcée pour le débiteur doive l'être afin d'écarter la sanction ; c'est une évidence. Bien plutôt, il est ici question de l'idée que le *taux* de la disproportion doit être fonction de l'intérêt du créancier pour l'exécution. Par exemple, si un premier créancier (C1) dispose d'un intérêt pour l'exécution forcée évalué à (100) et qu'un second créancier (C2), dans un autre contrat, dispose quant lui d'un intérêt évalué à (1500), alors le juge devrait retenir un taux de disproportion plus important pour faire échec à la demande de (C2). Si le juge est prêt à conclure à l'existence d'une disproportion manifeste de la sanction demandée par (C1) si son coût est dix fois supérieur à l'intérêt du créancier, il devrait rejoindre la même conclusion pour la demande de (C2) si le coût de l'exécution forcée est vingt fois supérieur. Partant, alors que l'exécution forcée demandée par (C1) sera écartée si son coût est supérieur à (1000), celle de (C2) le sera si son coût est supérieur à (45000). Les taux qui viennent d'indiquer ne sont nullement ceux que le juge est censé retenir, ils visent simplement à mettre en évidence la différence de traitement que le juge devrait appliquer en raison de la différence de valeur absolue de l'intérêt du créancier. Ainsi, il

pourrait bien exister une corrélation entre l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et le seuil de la disproportion manifeste, le second dépendant du premier.

B) LA JUSTIFICATION DU CRITERE TIRE DE L'IMPORTANT DE L'INTERET DU CREANCIER POUR L'EXECUTION FORCEE

616. Protection accrue du droit à l'exécution forcée.- Pourquoi le juge aurait-il un certain égard pour l'importance quantitative de l'intérêt du créancier afin de fixer le seuil de la disproportion manifeste évoquée par l'article 1221 du Code civil ? La consécration d'un tel critère est possible seulement s'il peut s'accorder avec l'esprit de l'exception envisagée par la précédente disposition. Or cela semble bien être le cas puisqu'il permet de concilier promotion de l'efficacité économique et protection du droit à l'exécution forcée reconnu au créancier. La protection du droit à l'exécution forcée est évidemment servie par ce critère car il permet d'avoir un taux variable et exponentiel, ce qui conduit à réduire la probabilité de l'exclusion de la sanction lorsque le créancier dispose d'un intérêt important dans l'absolu. Il n'est pas absurde qu'un créancier qui dispose d'un intérêt plus important pour l'exécution forcée bénéficie d'une protection plus efficace contre la remise en cause de son droit à la prestation *in specie*.

617. Le revers de la protection accrue du droit à l'exécution forcée est une relativisation des gains d'efficience engendrés par le contrôle de l'article 1221 du Code civil : plus le seuil de la disproportion manifeste se trouve élevé, moins l'exécution forcée sera aisément écartée, et donc plus il y aura de situations d'inefficience tolérées. Il ne s'agit toutefois pas d'une fatalité. En effet, le caractère variable du seuil signifie également que le juge peut-être plus prompt à écarter facilement les exécutions forcées lorsque l'intérêt n'est pas très important – il reste qu'une disproportion manifeste doit exister – par rapport à l'hypothèse où il aurait retenu un seul et unique seuil. Il faudrait donc peut-être relativiser la tolérance pressentie face aux situations d'inefficience.

618. Conclusion du paragraphe.- Afin de fixer le seuil de la disproportion manifeste, le juge peut avoir égard à un élément de l'espèce : l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. En effet, il est possible que le juge considère que plus cet intérêt est important dans l'absolu, plus le seuil de la disproportion manifeste doit être élevé. Cela

permet une protection du droit à l'exécution forcée davantage personnalisée qui ne remet pas fondamentalement en cause la finalité économique de l'exception.

619. Conclusion de la section.- Les précédents développements n'ont pas permis d'identifier un seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée : le mutisme de l'article 1221 du Code civil à ce sujet n'a pas été dépassé. Toutefois, il aurait été illusoire d'entreprendre un tel dépassement et de fixer un seuil dont le franchissement entraînerait systématiquement le rejet de la demande du créancier. En vérité, il est probable que le juge décide d'un seuil particulier dans chaque espèce, en ayant égard aux circonstances factuelles. Certaines de ces circonstances ne devraient pas jouer de rôle dans son raisonnement car elles seraient de nature à conférer une coloration morale au contrôle judiciaire. Il en va ainsi de l'altérité ou, à l'inverse, de la proximité des parties : en aucun cas l'éventuelle confiance légitime qui existe entre elles devrait avoir pour conséquence d'abaisser le seuil de la disproportion manifeste car celui-ci est intégré dans un contrôle résolument amoral. A l'inverse, l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée devrait être un facteur pris en compte par le juge pour fixer le seuil en question. Plus cet intérêt est important quantitativement, plus le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée devrait être élevé. Cela permet de respecter l'esprit de l'exception, partagée entre les gains d'efficacité économique et la protection du droit à l'exécution forcée du créancier. L'affinement de l'aspect substantiel du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil est donc possible, quoiqu'il reste encore largement entre les mains du juge et l'expérience permettra de dire ce qu'il en est. Les interrogations relatives à l'aspect procédural du rapport de proportionnalité renvoient, quant à elles, à des règles et principes plus connus.

SECTION 2 : L'ASPECT PROCEDURAL DU RAPPORT : LA DEMONSTRATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

620. Le débat autour de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée a vocation à se jouer dans les prétoires. Le constat implique que ce débat judiciaire se tienne dans le respect des principes procéduraux. Il en résulte également pour

les parties au contrat (§1) et le juge saisi du litige (§2) une soumission à un certain nombre de règles procédurales applicables à la caractérisation de la disproportion manifeste.

§1 LES PARTIES AU CONTRAT

621. D'un point de vue procédural, les parties au contrat et, en l'occurrence, au litige, font essentiellement face à un défi d'ordre probatoire. La proximité existante entre l'objet de la preuve et les questions substantielles fait que celui-ci a déjà été envisagé : l'objet de la preuve que requiert la nouvelle exception de l'article 1221 du Code civil est la disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée. Il reste néanmoins à envisager deux autres points tout aussi importants : la charge de la preuve (A) et l'administration de la preuve (B) de la disproportion manifeste.

A) LA CHARGE DE LA PREUVE DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

622. À l'occasion de la mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée, la question de la charge de la preuve de la disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction est déterminante au regard des conséquences attachées à cette charge (1). Or, entre le créancier et le débiteur, il semble qu'il revienne à ce dernier de démontrer l'existence de la disproportion manifeste évoquée par l'article 1221 du Code civil (2).

1) Le caractère déterminant de la charge de la preuve de la disproportion manifeste

623. Enjeu du risque de la preuve en général.- Evoquer la charge de la preuve revient à poser la question suivante : *qui* doit rapporter la preuve de l'existence d'un fait ou d'un acte juridique au soutien d'une prétention¹⁰⁴⁴ ? Il est d'abord possible d'envisager l'interrogation dans une perspective essentiellement procédurale et de convoquer les articles 9 et suivants du Code de procédure civile, lesquels déterminent les rôles des acteurs

¹⁰⁴⁴ Sur la charge de la preuve, v. en général N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, préf. S. Amrani-Mekki. Adde J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction général*, t. 2., *op. cit.*, n° 48 et s., p. 53 et s.

du procès dans l'administration matérielle de la preuve¹⁰⁴⁵. La figure d'une telle administration qui incomberait au seul demandeur – *actori incumbit probatio* –, comme le suggère l'article 1353 du Code civil, est aujourd'hui contestée : « la recherche des preuves est en effet collective »¹⁰⁴⁶, chacune des parties au procès et le juge adoptant une position active¹⁰⁴⁷. L'évolution décrite tend à relativiser l'intérêt de l'identification de celui qui supporte la charge de la preuve. Néanmoins, la notion de charge de la preuve reçoit une seconde acception qui empiète sur le terrain substantiel. En effet, elle permet de désigner celui dont la prétention échouera s'il ne parvient pas à convaincre le juge en rapportant la preuve de l'acte ou du fait qu'il avance¹⁰⁴⁸. La charge de la preuve laisse alors la place au risque de la preuve ou encore au « fardeau de la preuve »¹⁰⁴⁹ qui n'est pas, cette fois-ci, supporté de manière collective : seul celui sur qui pèse le risque de la preuve déchantera s'il n'arrive pas à la rapporter. Finalement, identifier celui qui a vocation à supporter le fardeau probatoire est déterminant en général.

624. Enjeu du risque de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- Le caractère déterminant du risque de la preuve explique l'intérêt pour la question en matière contractuelle¹⁰⁵⁰, en particulier en matière d'inexécution du contrat¹⁰⁵¹. Le nouveau contrôle de l'exécution forcée vient enrichir la liste des questions qui se posent puisqu'il s'agit de déterminer qui supporte le risque de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. En effet, si l'article 1353 du Code civil indique sur qui repose le risque de la demande en exécution forcée – le créancier –, rien n'est dit à ce sujet concernant le contrôle de l'article 1221 du Code civil. Deux solutions sont alors envisageables : soit c'est le créancier qui supporte le risque de la preuve et il lui revient de prouver que l'exécution forcée n'est pas manifestement disproportionnée – la preuve serait ainsi négative – sans quoi sa demande sera rejetée par le juge ; soit c'est le

¹⁰⁴⁵ Sur la question, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 615 et s., p. 518 et s.

¹⁰⁴⁶ G. Lardeux, V° « Preuve », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2018, n° 150.

¹⁰⁴⁷ En ce sens, v. not. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, 2022, n° 195, p. 213 et s.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, n° 190 et s., p. 209 et s.

¹⁰⁴⁹ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, n° 117, p. 130.

¹⁰⁵⁰ V. not. M. Mekki, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », *RDC* 2008/3, p. 681 ; du même auteur, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC* 2009/2, p. 453. *Adde* du même auteur, « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », *in* M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 7.

¹⁰⁵¹ V. not. M. Buchberger, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *D.* 2011, p. 465.

débiteur qui supporte le risque de la preuve et il lui revient alors de convaincre le juge que l'exécution forcée est manifestement disproportionnée – la preuve serait ainsi positive – sans quoi il devra se plier au choix initial du créancier. Assurément, le choix à opérer n'est pas anodin et le contrôle de l'exécution forcée présenterait une physionomie bien différente selon la solution choisie. L'esprit de l'exception de l'article 1221 du Code civil indique que c'est le débiteur qui est le titulaire de la charge de la preuve de la caractérisation de la disproportion manifeste.

2) Le débiteur comme titulaire de la charge de la preuve de la disproportion manifeste

625. À celui qui se prévaut d'une exception de la prouver.- Afin de déterminer qui du débiteur ou du créancier supporte le risque de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le premier réflexe est de consulter *les* directives légales en la matière. Le pluriel s'impose ici car le Code civil et le Code de procédure civile envisagent de concert la question¹⁰⁵² : l'article 1353 du Code civil précise ainsi que « [c]elui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation », l'article 9 du Code de procédure civile retenant quant à lui « [qu'i]l incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Les deux textes ont le mérite de préciser quelque peu l'idée selon laquelle c'est le demandeur qui supporte le risque de la preuve. En effet, ils permettent de substituer à la notion de demandeur à l'instance, une conception plus dynamique et substantielle du rôle de demandeur : est demandeur celui qui allègue quelque chose¹⁰⁵³.

626. La jurisprudence, systématisée par la doctrine, a précisé la précédente directive, insuffisante à certains égards. En mobilisant des critères tels que l'anormalité de l'allégation – induite par les principes de liberté ou statistique – ou l'aptitude à la preuve¹⁰⁵⁴,

¹⁰⁵² Sur « [l]'énigmatique coexistence » de ces deux sources, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 615, p. 518.

¹⁰⁵³ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, 2^e éd., LexisNexis, 2017, n° 71 et s., p. 45.

¹⁰⁵⁴ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve, op. cit.*, n° 203 et s., p.220 et s.

les juges ont déterminé en matière contractuelle¹⁰⁵⁵, comme ailleurs¹⁰⁵⁶, sur qui pèse le fardeau probatoire. La démarche prétorienne vient ainsi enrichir la dialectique de l'article 1353 du Code civil : *actori incumbit probatio* – c'est au demandeur de prouver (al. 1^{er}) – mais *reus in excipiendo fit actor*¹⁰⁵⁷ – c'est au défendeur qui se prévaut d'une exception de la prouver (al. 2nd). Plus particulièrement, l'exception invoquée rime dans ce cas avec anormalité et donc charge de la preuve : si l'application de la règle conçue comme le principe représente la normalité, l'exception constitue une anormalité. Les statuts de défendeur et de demandeur ne sont donc pas incompatibles : « [l]e défendeur à l'instance a la qualité de demandeur au sens de la preuve à l'égard des exceptions qu'il soulève en défense »¹⁰⁵⁸. Par exemple, le débiteur qui excipe de la prescription de l'action du créancier doit convaincre le juge que les éléments constitutifs de l'exception sont réunis, sans quoi il devra céder face au créancier.

627. À celui qui se prévaut de l'exception tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée de la prouver.- Qu'en est-il de la disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée ? Son statut d'exception à la demande en exécution forcée formulée par le créancier a structuré l'analyse de l'article 1221 du Code civil. Ce texte consacre le principe de l'exécution forcée *sauf si* l'exception tirée de l'impossibilité ou celle tirée de la disproportion manifeste est caractérisée. Dans cette perspective, il revient au débiteur d'établir l'impossibilité de la sanction ou l'existence de la disproportion précitée et de s'exécuter malgré tout si le juge n'est pas convaincu par les éléments avancés¹⁰⁵⁹.

628. Si la solution contraire était retenue, il faudrait que le créancier prouve l'absence de disproportion manifeste pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation inexécutée. Cela reviendrait à resituer la question de la disproportion manifeste de l'exécution forcée parmi les conditions de cette sanction, alors qu'il s'agit d'une exception à un droit déjà acquis par le créancier du seul fait de l'inexécution. Admettre que la charge de la preuve de la disproportion manifeste pèse sur le créancier rapprocherait le contrôle de

¹⁰⁵⁵ M. Mekki, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », préc., spéc. p. 691 et s.

¹⁰⁵⁶ G. Lardeux, V° « Preuve », préc., n° 159 et s.

¹⁰⁵⁷ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., n° 403, p. 817.

¹⁰⁵⁸ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, op. cit., n° 72, p. 45.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, v. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, op. cit., n° 530, p. 401.

l'article 1221 du Code civil de ce qui est pratiqué en matière de résolution pour inexécution du contrat. En effet, pour cette sanction, c'est au créancier d'établir que le manquement est suffisamment grave¹⁰⁶⁰, condition susceptible de renfermer un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité¹⁰⁶¹.

629. Le contrôle de l'exécution forcée doit plutôt être rapproché d'autres hypothèses dans lesquelles une mesure acquise à une partie est contestée par l'autre par le biais d'une exception. Il en va ainsi du contrôle du montant de la clause pénale dont le paiement est en principe acquis du fait de l'inexécution. Dans ce cas, il revient au débiteur qui considère que la pénalité stipulée est excessive de rapporter la preuve de ce caractère excessif, même si le juge jouit de la faculté de relever d'office un tel caractère¹⁰⁶². De même, le contrôle de l'exécution forcée peut être rapproché de celui mené en matière de cautionnement : il s'agit également de faire échec à la validité *a priori* acquise du cautionnement en raison de son caractère disproportionné. Or, c'est à la caution qui excipe de la disproportion de son engagement d'en rapporter la preuve selon la Cour de cassation¹⁰⁶³. Par ailleurs, dans une décision récente relative à la démolition d'une maison individuelle dont le contrat de construction avait été anéanti, la Cour de cassation a considéré « [qu]'il incombe au constructeur de rapporter la preuve des faits de nature à établir le caractère disproportionné de la sanction »¹⁰⁶⁴. C'est donc celui qui excipe du caractère disproportionné de la démolition qui supporte le risque de la preuve de ce caractère¹⁰⁶⁵. Dans toutes ces hypothèses, celui qui entend se prévaloir d'une exception doit en faire la preuve et son échec dans cette entreprise signifie que la mesure litigieuse trouve à s'appliquer normalement. En définitive, la disproportion manifeste de l'exécution forcée étant au cœur d'une exception à cette sanction en principe accordée au créancier, c'est au débiteur d'en faire la démonstration¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁰ M. Buchberger, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », préc., spéc. n° 11.

¹⁰⁶¹ V. *supra* n° 113 et s.

¹⁰⁶² V. *infra* n° 681 et s.

¹⁰⁶³ V. par ex. Com., 1^{er} avril 2014, 13-11.313.

¹⁰⁶⁴ Civ. 3^e, 27 mai 2021, n° 20-14.321.

¹⁰⁶⁵ Sur les relations entre cette mesure constituant une forme de réparation en nature et les règles relatives à l'exécution forcée, v. *infra* n° 871 et s.

¹⁰⁶⁶ Dans le même sens, v. V. Forti, V° « Exécution forcée », préc. n° 78.

630. Conclusion.- Dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée, il revient au débiteur d'établir la disproportion manifeste entre son coût pour lui et son intérêt pour le créancier. Considérer que le débiteur supporte la charge de la preuve de cette disproportion manifeste ne signifie pas pour autant que le créancier doit rester inerte. En effet, il avancera tous les éléments à sa disposition pour démontrer le caractère substantiel de son intérêt ou le caractère relatif du coût pour le débiteur. Toutefois, le statut de titulaire de la charge de la preuve reconnu au débiteur implique que si le juge n'est pas convaincu – la disproportion envisagée n'est pas manifeste à ses yeux –, le débiteur ne pourra se prévaloir efficacement de l'exception nouvellement consacrée par l'article 1221 du Code civil. Au-delà de la charge de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, il importe de considérer l'administration de cette preuve.

B) L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

631. Après avoir identifié ce qu'il fallait prouver – la disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée – et qui devait le prouver – le débiteur –, il reste à envisager *comment* prouver. L'interrogation renvoie à la problématique de l'administration de la preuve et donc aux modes de preuve. En tant que fait juridique, la disproportion manifeste se prouve librement (1). Toutefois, il ne faut pas exclure une cristallisation de la démarche probatoire autour des mesures d'instruction exécutées par un technicien (2).

1) La liberté de la preuve de la disproportion manifeste

632. La preuve du fait juridique : liberté probatoire.- L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas seulement porté la réforme du droit des contrats ; elle a également été l'occasion de réaliser quelques retouches au droit de la preuve¹⁰⁶⁷. Notamment, l'article 1358 du Code civil vient désormais préciser « [qu'h]ors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». Le texte a concrétisé une

¹⁰⁶⁷ Regrettant le peu d'ambition des aspects probatoires, v. not. G. Lardeux, « Commentaire du Titre IV *bis* nouveau du Livre III du Code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850.

évolution favorable à la liberté de la preuve en l'élevant au rang de principe¹⁰⁶⁸. L'obstacle le plus significatif sur le chemin de ce principe est énoncé à l'article 1359 du Code civil : « [l]'acte juridique (...) doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique » (al. 1^{er}). Si cette limite à la liberté de la preuve ne doit pas être surestimée, tant il est des actes juridiques qui sont en pratique soumis à la règle de liberté probatoire¹⁰⁶⁹, elle requiert de distinguer les actes juridiques – parfois soumis à la liberté de la preuve – des faits juridiques – nécessairement soumis à la liberté de la preuve. La réforme du droit des contrats a essayé d'inscrire dans le Code civil la distinction : l'article 1100-1 du Code civil enseigne ainsi que « [l]es actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit », quand l'article 1100-2 du Code civil retient que « [l]es faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit »¹⁰⁷⁰. L'aspect volontaire de l'acte juridique justifie que sa preuve doive en principe être rapportée par un écrit car il est supposé que les parties ont eu l'opportunité de préconstituer une preuve, ce qu'elles ne peuvent pas *a priori* réaliser en matière de fait juridique¹⁰⁷¹.

633. La disproportion manifeste de l'exécution forcée : un fait juridique soumis au principe de la liberté de la preuve.- Où ranger la disproportion manifeste de l'exécution forcée entre acte juridique et fait juridique ? Le fait que la question de cette disproportion s'intègre dans un contexte contractuel, et entretienne donc une proximité avec la notion d'acte juridique, n'exclut pas la qualification de fait juridique. La jurisprudence témoigne que le « fait juridique encercle véritablement l'acte juridique, qui se réduit à un noyau de plus en plus réduit »¹⁰⁷². Il est donc des aspects de la relation contractuelle, à commencer par le paiement¹⁰⁷³, qui sont des faits juridiques se prouvant librement. L'existence de la disproportion manifeste de l'exécution forcée pourrait bien être une nouvelle manifestation de fait juridique entourant un acte juridique et se prouvant donc librement. Il faut dire que cette disproportion répond davantage à la définition du fait

¹⁰⁶⁸ Sur ce mouvement, v. not. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 166 et s., p. 148 et s.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, n° 178 et s., p. 157 et s.

¹⁰⁷⁰ Pour une critique de ces définitions, v. not. G. Lardeux, « Commentaire du Titre IV *bis* nouveau du Livre III du Code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *préc.*, spéc. p. 853 et s.

¹⁰⁷¹ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, *op. cit.*, n° 389, p. 231.

¹⁰⁷² J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, *op. cit.*, n° 177, p. 155.

¹⁰⁷³ Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, n° 09-13.947.

juridique – il s’agit d’un événement auquel la loi attache un effet de droit, celui d’exclure le droit à l’exécution forcée du créancier – plutôt qu’à celle de l’acte juridique – il ne s’agit pas d’une manifestation de volonté. En somme donc, il semble nécessaire d’admettre que l’existence d’une disproportion manifeste de l’exécution forcée est un fait juridique qui, en application de l’article 1358 du Code civil, peut se prouver librement. Ce dernier constat est porteur de conséquences pour les parties et pour le juge.

634. Du point de vue des parties, la liberté de la preuve leur permet de rechercher et de produire tous les éléments de preuve qu’elles jugent nécessaires afin d’établir ou de contester l’existence d’une disproportion manifeste de l’exécution forcée. La seule limite à cette liberté est l’exigence de licéité de la preuve¹⁰⁷⁴. En pratique, le travail probatoire des parties se subdivise pour ressembler au raisonnement du juge qui mène le contrôle de l’article 1221 du Code civil : elles doivent, d’abord, prouver chacun des termes du rapport de proportionnalité énoncé par le texte afin d’identifier un écart entre eux et démontrer, ensuite, que cet écart révèle une disproportion manifeste. Même si le débiteur supporte le risque de la preuve¹⁰⁷⁵, la logique du partage des rôles dans l’administration de la preuve conduit le créancier ou le débiteur à identifier le terme qui le concerne à titre principal mais aussi celui qui concerne l’autre partie. Pour le créancier, il s’agit de mettre en avant toute pièce de nature à prouver qu’il dispose d’un intérêt pour la sanction *in specie*, qu’il soit intrinsèque ou extrinsèque¹⁰⁷⁶. Par exemple, le créancier qui trouve un avantage dans l’exécution forcée car elle lui permet de respecter un engagement souscrit par ailleurs, et donc d’échapper à une sanction contractuelle en vertu d’un autre contrat, peut produire cet autre contrat afin de prouver la réalité du mal auquel il s’expose en cas de rejet de sa demande. Pour le débiteur, il est question d’identifier les mesures nécessaires à la correction de l’inexécution ainsi que leur coût. Par exemple, si cette correction requiert une démolition-reconstruction d’un ouvrage, le débiteur peut produire un devis réalisé par un professionnel portant sur ces opérations. En fin de compte, chacune des parties peut user de tous les outils probatoires à sa disposition, notamment la production volontaire ou forcée

¹⁰⁷⁴ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 624 et s., p.523 et s.

¹⁰⁷⁵ V. *supra* n° 625 et s.

¹⁰⁷⁶ V. *supra* n° 491 et s.

de pièces¹⁰⁷⁷, pour établir qu'il existe ou qu'il n'existe pas une disproportion manifeste de l'exécution forcée.

635. Du point de vue du juge, la liberté de la preuve signifie qu'il est libre de fixer la force probante des éléments de preuve apportés par les parties¹⁰⁷⁸. Dans la perspective du contrôle de l'article 1221 du Code civil, cela implique que le juge bénéficie d'une liberté pour appréhender les éléments tenant aux termes du rapport de proportionnalité ou bien à la situation de disproportion manifeste entre eux. Ainsi, lorsque le créancier argue que ne pas obtenir l'exécution forcée le prive d'une occasion bénéfique, par exemple la conclusion d'un autre contrat, le juge peut considérer que les éléments probatoires attestant de la conduite des négociations pour cet autre contrat ne sont pas suffisamment probants et que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne concerne pas cet élément.

636. Finalement, la preuve de la disproportion manifeste est libre puisqu'il s'agit d'un fait juridique. La démarche probatoire des parties dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil n'est donc en rien originale et, comme dans d'autres hypothèses, l'appréciation judiciaire des éléments de preuve rapportés est libre. La question de l'administration de la preuve de la disproportion manifeste ne dément pas l'idée avancée en premier lieu et selon laquelle le contrôle s'intègre avant tout dans un cadre procédural préalablement établi. Tout au plus, dans une logique à la fois pratique et prospective, il est possible d'imaginer que la démarche probatoire se cristallisera autour de mesures d'instruction exécutées par un technicien.

¹⁰⁷⁷ Sur ce procédé probatoire, v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 644 et s., p. 538 et s.

¹⁰⁷⁸ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle, op. cit.*, n° 633, p. 344.

2) La cristallisation de la démarche probatoire autour de mesures d’instruction exécutées par un technicien

637. Raison du recours aux mesures d’instruction exécutées par un technicien.- Dans un certain nombre de contentieux, le juge peut faire face à des questions de fait dont la technicité requiert de faire appel à un technicien¹⁰⁷⁹, terme qui doit être privilégié à celui d’expert car l’intervention des sachants dépasse le cadre de l’expertise judiciaire *stricto sensu*¹⁰⁸⁰. En pratique donc, l’administration de la preuve est encore davantage partagée puisqu’il est permis à un tiers d’y participer. Après la réforme du droit des contrats, le contentieux de l’exécution forcée pourrait bien venir s’ajouter à la liste de ceux qui font appel à un technicien en raison du nouveau contrôle de la disproportion manifeste, ce qui peut interroger au regard de l’objectif d’efficacité économique de ce contrôle¹⁰⁸¹. C’est dans la physionomie de l’exception au droit à l’exécution forcée qu’il est possible d’identifier la raison du recours probable à un technicien pour aider à l’administration de la preuve de la disproportion manifeste.

638. La compétence du technicien permet tout d’abord d’appréhender avec plus de finesse les termes du rapport de proportionnalité de l’article 1221 du Code civil. Lorsque le créancier entend démontrer son intérêt pour l’exécution forcée en listant tous les avantages qu’il associe au fait d’obtenir la prestation promise, le technicien peut indiquer dans quelle mesure ces avantages sont effectivement compromis par le fait de ne pas bénéficier de la prestation *in specie*. Pour reprendre l’exemple développé plus tôt du propriétaire d’une voiture de course qui ne reçoit pas des pneus spéciaux pour la conduite sur circuit, le technicien peut éclairer le juge sur la nécessité de ces pneus pour faire de la conduite sportive. Le technicien sera également, et peut-être surtout, d’une aide précieuse lorsque ce sont les avantages indirects de la prestation en nature qui sont évoqués par le

¹⁰⁷⁹ Sur les raisons et l’intensification de ce phénomène, v. not. J. Moury, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD civ.* 2009, p. 665 ; C. Champaud, « Le juge, l’arbitre, l’expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », in *Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 97 ; J. Djogbenou, « Juger par les experts : quelques aspects contemporains d’une justice déléguée aux techniciens », in *Mélanges en l’honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 409. *Adde*, plus généralement sur le développement de l’expertise en droit, V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, n° 18 et s., p. 23 et s.

¹⁰⁸⁰ Pour un panorama des cas particuliers d’intervention de ces sachants, v. not T. Moussa (dir.), *Droit de l’expertise*, 4^e éd., Dalloz, 2020, n° 212.00 et s., p. 94 et s. *Adde* F. Ruellan et N. Marie, *Droit et pratique de l’expertise judiciaire civile*, 3^e éd., LexisNexis, 2021

¹⁰⁸¹ V. *supra* n° 284 et s.

créancier au soutien de sa demande. Par exemple, si le créancier espérait développer une activité profitable grâce à la bonne exécution de l'obligation, le technicien pourra éclairer le juge sur la réalité de cette activité. Les compétences du technicien servent également à identifier le coût de l'exécution forcée car il est en mesure de déterminer les mesures propres à effectivement corriger l'inexécution de l'obligation. À titre d'illustration, pour la piscine dont l'escalier d'accès dispose d'une marche de moins à ce qui était prévu, le technicien peut dire si une modification de l'escalier en l'état est possible ou bien s'il faut refaire l'intégralité de l'ouvrage.

639. La compétence du technicien permet ensuite d'effectuer l'opération de valorisation monétaire des termes du rapport de proportionnalité. Le caractère quantitatif du contrôle de l'exécution forcée impose une telle valorisation de l'intérêt et du coût de l'exécution forcée¹⁰⁸². Or, l'objectivité et les connaissances du technicien assurent au juge de procéder effectivement à cette comparaison des deux valeurs pour identifier *in fine* l'écart entre elles.

640. En somme, c'est bien la physionomie du contrôle de l'article 1221 du Code civil qui laisse à penser que le juge, à la demande des parties ou d'office, confiera à un technicien des mesures d'instruction. Certes, il ne s'agit pas d'une fatalité : il est des espèces pour lesquelles le recours aux compétences du technicien n'est pas nécessaire et, selon l'article 146 du Code de procédure civile, les mesures d'instruction ne sauraient suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve. Toutefois, il existe une forte probabilité que des mesures d'instruction fassent, à un moment ou à un autre, partie de la discussion autour de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

641. Cadres du recours aux mesures d'instruction exécutées par un technicien.- Le technicien peut intervenir à divers moments du contentieux de l'inexécution du contrat et sa mission est susceptible de prendre différentes formes, même s'il s'agit systématiquement d'éclairer le juge sur la question de la disproportion manifeste de la sanction.

642. Le technicien peut être sollicité avant même que le contentieux ne soit

¹⁰⁸² V. *supra* n° 53 et s.

constitué au fond. Il en va ainsi lorsqu'une partie requiert seule un technicien afin qu'il réalise des mesures d'instruction. Il s'agit alors d'une expertise officieuse – ou amiable si elle est réalisée de manière contradictoire – qui vise à fournir des informations aux parties sur divers aspects d'un différend¹⁰⁸³. Cette expertise extrajudiciaire ne permet pas seulement aux parties de disposer d'informations pour apprécier l'opportunité de négociations précontentieuses ou bien celle d'une action en justice. En effet, l'avis de l'expert peut être versé au débat comme un élément de preuve dont la force probante est librement appréciée par le juge¹⁰⁸⁴, ce qui n'est pas sans risque pour les prétentions des parties¹⁰⁸⁵. C'est dire qu'en cas d'inexécution d'une obligation dans des conditions qui laissent à penser qu'il existerait une disproportion manifeste de l'exécution forcée si cette sanction était demandée, l'une ou l'autre des parties a tout intérêt à faire réaliser une expertise officieuse pour avoir un aperçu de l'intérêt et du coût de l'exécution forcée. Plus encore, avant tout contentieux au fond, l'une ou l'autre des parties peut solliciter une mesure d'instruction non pas de manière autonome, mais en saisissant le juge des référés ou des requêtes sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Il s'agit alors de mesures d'instruction *in futurum*¹⁰⁸⁶, identiques à celles qui peuvent être demandées au fond, afin de déterminer un certain nombre de faits en lien avec le litige pour préserver les éléments de preuves et faire en sorte que les parties adoptent une bonne stratégie procédurale. Le résultat de la mesure d'instruction sollicitée peut également être mobilisé comme élément de preuve à l'occasion de l'action au fond si celle-ci est finalement engagée. En fin de compte, la différence entre la mesure d'instruction *in futurum* et l'expertise officieuse réside dans le

¹⁰⁸³ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, op. cit., n° 483 et s., p. 281 et s.

¹⁰⁸⁴ Sur la force probante de l'expertise officieuse ou amiable, v. T. Moussa (dir.), *Droit de l'expertise*, op. cit., n° 212.13, p. 96. Le juge ne peut pas fonder sa décision seulement sur le rapport d'expertise lorsque les mesures d'instruction n'ont pas été menées de manière contradictoire (Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-18.710, D. 2013, p. 269, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2012, p. 769, obs. R. Perrot).

¹⁰⁸⁵ Ainsi, dans les décisions appliquant par anticipation le contrôle de l'exécution forcée (Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc.), les juges n'ont pas donné de poids particulier à l'expertise officieuse et non contradictoire réalisée par un agent immobilier à la demande des créanciers pour établir leur intérêt, alors que cette expertise pouvait révéler l'aspect le plus important de cet intérêt : la perte de valeur de la villa des créanciers qui s'élevait à 450 000 euros. Il aurait donc été plus opportun, une fois le contentieux engagé, de saisir le juge pour obtenir une expertise présentant une charge probatoire plus importante. Faut-il pour autant adresser un blâme au conseil des créanciers ? Cela n'est pas certain car le contrôle de l'exécution forcée ne devait pas être mis en oeuvre dans cette espèce soumise à l'ancien droit des contrats et donc à l'absolutisme de l'exécution forcée. Où l'on voit une nouvelle difficulté à appliquer de manière anticipée le contrôle de l'article 1221 du Code civil.

¹⁰⁸⁶ Sur lesquelles, v. en général I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, 2004, préf. G. Wiederkehr. Adde T. Moussa (dir.), *Droit de l'expertise*, op. cit., n° 223.21 et s., p. 154 et s.

caractère judiciaire de la première qui est accompagnée d'un cadre plus contraignant¹⁰⁸⁷. Toutefois, ce cadre permet de bénéficier d'un éventail de mesures plus important et il est de nature à accroître la force probante de l'avis du technicien aux yeux du juge.

643. Les mesures d'instructions confiées au technicien peuvent prendre diverses formes, même s'il existe un socle commun de règles les régissant¹⁰⁸⁸. L'article 232 du Code de procédure énonce les trois mesures à la disposition du juge : « [l]e juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ». Le Code de procédure civile retient ainsi une gradation des mesures d'instruction. La plus simple d'entre elles est la constatation qu'organisent les articles 249 et suivants du Code de procédure civile, puisqu'il s'agit simplement pour le technicien de décrire ce qu'il a devant lui¹⁰⁸⁹. Par exemple, dans le cadre du contentieux de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le juge peut demander au technicien de constater que le créancier est effectivement privé d'un avantage s'il n'obtient pas l'exécution forcée. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la voiture de course qui ne dispose pas des pneus idoines pour la conduite sportive, le technicien peut aller constater que les pneus livrés ne sont pas ceux qui sont habituellement utilisés pour une telle conduite. S'il est nécessaire d'aller au-delà d'une simple constatation des faits, le juge peut solliciter le technicien pour qu'il réalise une consultation selon les termes des articles 256 et suivants du Code de procédure civile. Il s'agit alors de résoudre une question technique dont la complexité est raisonnable. Toujours selon la même illustration de la voiture de course dont les pneus ne sont pas propres à la conduite sportive, le technicien peut être sollicité afin de réaliser une consultation indiquant quel type de conduite est possible ou impossible avec les pneus effectivement livrés, quitte à réaliser un test sur un circuit. Enfin, si le technicien doit répondre à une question technique complexe, il sera sollicité pour effectuer une expertise judiciaire telle que prévue par les articles 263 et suivants du Code de procédure civile¹⁰⁹⁰. Il est probable que cette mesure d'instruction ait la faveur des parties et du juge à l'occasion de l'identification des termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil.

¹⁰⁸⁷ Sur les conditions d'application de l'article 145 du Code de procédure civile, v. not. T. Moussa (dir.), *Droit de l'expertise*, *op. cit.*, n° 223.30 et s., p. 154 et s.

¹⁰⁸⁸ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, *op. cit.*, n° 581 et s., p. 321 et s.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, n° 607 et s., p. 330 et s.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, n° 610 et s., p. 331 et s.

En effet, l'identification des avantages et des mesures peut parfois présenter des aspects techniques importants, mais surtout c'est leur valorisation qui peut ne pas être aisée et, par conséquent, requérir un travail plus important de la part du technicien. Sans doute, donc, l'expertise judiciaire sera privilégiée par les parties et le juge en cas de discussion relative à la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

644. Portée du recours aux mesures d'instruction exécutées par un technicien.- En réponse à la difficile identification et valorisation des termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil, le recours aux mesures d'instruction exécutées par un technicien risque de s'imposer, quoique sous différentes formes. Un danger se fait alors jour, celui de la délégation par le juge de son pouvoir de dire s'il y a disproportion manifeste de l'exécution forcée. Le constat que le développement de l'expertise *lato sensu* dans les diverses matières soit accompagné d'un tel risque est régulièrement fait¹⁰⁹¹. La Cour de cassation veille à ce que les juges du fond qui ont recours à des mesures d'instruction exécutées par des techniciens ne délèguent pas leurs pouvoirs : ils doivent fixer le cadre de la mission du technicien et celle-ci ne doit pas porter sur une appréciation d'ordre juridique¹⁰⁹². L'article 246 du Code de procédure civile va dans le même sens en indiquant que « [l]e juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien », de sorte qu'il ne doit pas renoncer à sa liberté en matière d'appréciation des éléments de preuve. Malgré tout, il est des hypothèses pour lesquelles la frontière entre la question de fait et la question de droit est fine, laissant une marge d'appréciation au juge tout aussi fine. Il suffit de penser, en matière de responsabilité civile, à la caractérisation de la faute par le juge qui est quasiment automatique lorsque l'expert conclut à la violation de règles techniques ou de l'art.

645. Le risque d'abandon de ses pouvoirs par le juge va-t-il de se réaliser dans le cadre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? Assez paradoxalement, même si l'expertise sera très usitée, il est probable que le juge ne puisse pas en pratique abandonner ses pouvoirs. Cela s'explique par le fait que le raisonnement

¹⁰⁹¹ V. not. J. Moury, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », préc., spéc. n° 8 et s. (et les références citées). Au-delà du contentieux, l'intervention de l'expert semble systématiquement être source de perturbations. Il en va ainsi lorsque le contrat nécessite l'intervention d'un expert : sur la question v. not. les actes du colloque « L'expertise dans le contrat », *RDC* 2014/2, p. 304 et s.

¹⁰⁹² T. Moussa (dir.), *Droit de l'expertise, op. cit.*, n° 224.21 et s., p. 154 et s.

judiciaire pour le contrôle de l'article 1221 du Code civil est divisé en deux temps en raison de son caractère quantitatif¹⁰⁹³ : d'abord, le juge procède à l'identification de l'écart entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée, obtenue par la confrontation de ces termes ; ensuite, le juge apprécie cet écart pour dire s'il existe une disproportion manifeste. Autrement dit, une opération objective et factuelle est suivie par une opération subjective et juridique. La nette séparation entre les deux opérations conduit à exclure le risque d'un technicien qui empièterait sur les prérogatives judiciaires. En effet, la physionomie du contrôle de l'exécution forcée fait que le juge peut seulement confier au technicien la première opération et que tout ordre de mission qui engloberait la seconde opération devrait faire l'objet d'une censure.

646. Conclusion.- En définitive, la caractérisation de la disproportion manifeste est un fait juridique qui peut être prouvé librement par les parties, le juge profitant également d'une certaine liberté dans l'appréciation des éléments produits devant lui. Cette liberté ne devrait toutefois pas empêcher les parties et le juge de se reposer particulièrement sur les mesures d'instruction exécutées par des techniciens. Le recours à ces mesures ne devrait toutefois pas éclipser le pouvoir judiciaire car si elles permettent d'identifier l'écart entre les termes du rapport de proportionnalité, elles sont inefficaces pour caractériser *stricto sensu* une disproportion manifeste.

647. Conclusion du paragraphe.- La mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée fait naître diverses questions d'ordre procédural intéressant les parties au contrat, lesquelles essayent soit d'assurer le prononcé de la sanction, soit de l'éviter. L'application des règles de procédure civile montre que c'est le débiteur qui doit supporter le risque de la preuve de la disproportion manifeste : s'il venait à ne pas convaincre le juge, alors le créancier pourrait obtenir l'exécution forcée de l'obligation inexécutée. Pour faire la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, simple fait juridique, le débiteur bénéficie d'une liberté qui est susceptible d'être canalisée par un recours systématique aux mesures d'instructions exécutées par des techniciens. Dans tous les cas, la démarche probatoire des parties est systématiquement orientée vers la conviction du juge, lequel est également le sujet d'autres questions d'ordre procédural.

¹⁰⁹³ V. *supra* n° 54 et s.

§2 LE JUGE

648. Il est des règles procédurales qui intéressent en premier lieu celui qui est chargé de trancher le litige : le juge. Dans la perspective du contrôle de l'exécution forcée posé par l'article 1221 du Code civil, deux questions particulières retiennent l'attention : quel juge a la responsabilité de caractériser la disproportion manifeste et peut-il le faire d'office ? Il faut donc procéder à l'identification du juge en charge de la caractérisation de la disproportion manifeste (A) avant de déterminer son pouvoir de relever d'office cette disproportion manifeste (B).

A) L'IDENTIFICATION DU JUGE EN CHARGE DE LA CARACTERISATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

649. Si le litige opposant le créancier au débiteur au sujet de l'exécution forcée de l'obligation peut être considéré par divers juges, il reste à identifier celui ou ceux qui ont la responsabilité d'écarter la sanction lorsqu'elle est manifestement disproportionnée au sens de l'article 1221 du Code civil. Il s'agit ici de mobiliser des distinctions classiques : celle entre le juge du provisoire et le juge du fond (1), ainsi que celle entre le juge du fond et le juge du droit (2). A l'étude, c'est le juge du fond qui doit systématiquement mettre en œuvre le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cela ne signifie pas pour autant que les juges du provisoire ou du droit s'en désintéressent totalement : ils développent des outils propres pour s'assurer que la mission du juge du fond est préservée.

1) Le juge du provisoire ou le juge du fond

650. L'exécution forcée ordonnée par le juge du provisoire.- Lorsque le débiteur méconnaît son engagement contractuel, le créancier peut saisir le juge du fond, ordinaire, et mobiliser la palette de sanctions que lui offre l'article 1217 du Code civil. C'est à partir de cette hypothèse que la présente thèse a été construite : le créancier victime de l'inexécution agit contre le débiteur devant le juge du fond afin de demander l'exécution forcée de l'obligation. Toutefois, il ne s'agit pas de la seule voie de droit dont le créancier dispose : aux côtés du modèle du procès qui aboutit à une décision définitive, se trouve la

possibilité d'une procédure aboutissant à une décision provisoire. La protection juridictionnelle provisoire¹⁰⁹⁴, qui rassemble la procédure en référé et celle sur requête, intéresse également le créancier qui entend obtenir la sanction *in specie* de l'inexécution. En effet, provisoire ne signifie pas temporaire : il est possible que la mesure ordonnée s'inscrive dans la durée, tout simplement parce que le juge du fond n'est pas *in fine* saisi du litige¹⁰⁹⁵. Le potentiel « détournement utilitaire de la protection juridictionnelle provisoire »¹⁰⁹⁶ rend donc attrayante cette forme de juridiction pour le créancier souhaitant obtenir l'exécution forcée de l'obligation. Surtout, l'attrait s'explique par le fait que les différents cas de saisine du juge du provisoire permettent d'obtenir une mesure qui peut se rapprocher en pratique de l'exécution forcée de l'obligation.

651. L'assertion se vérifie lorsque le juge du provisoire est saisi en référé¹⁰⁹⁷ ou sur requête¹⁰⁹⁸ pour faire face à une situation d'urgence¹⁰⁹⁹. Il est classique de relever que l'urgence constitue le cadre initial du juge du provisoire, d'aucuns la voyant comme « la raison d'être et la mesure du référé »¹¹⁰⁰. L'article 834 du Code de procédure civile prévoit ainsi que « [d]ans tous les cas d'urgence, [les juges] peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». La formulation du texte témoigne que la prérogative judiciaire est particulièrement large, d'autant qu'il revient au juge du fond d'apprécier l'existence de l'urgence¹¹⁰¹. Parmi « toutes les mesures » que le juge du provisoire peut ordonner, il en est qui sont susceptibles de prendre les mêmes traits qu'une exécution forcée. Ainsi, dans une espèce, le donneur d'ordre d'un contrat de sous-traitance a sollicité le juge des référés pour que le sous-traitant exécute les obligations prévues par ledit contrat, à savoir « procéder à la mise au point des installations hydrauliques d'une drague et à fournir son assistance

¹⁰⁹⁴ Sur laquelle, v. en général C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 1883 et s., p. 1469 et s.

¹⁰⁹⁵ En ce sens, v. not. J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, 2019, n° 399, p.335 et s.

¹⁰⁹⁶ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, préf. S. Guinchard, n° 394, p. 417.

¹⁰⁹⁷ Art. 834 C. pr. civ.

¹⁰⁹⁸ Art. 845 C. pr. civ.

¹⁰⁹⁹ Notant toutefois l'évolution du juge de l'urgence vers le juge de l'évidence, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 1896 et s., p. 1479 et s.

¹¹⁰⁰ Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile*, 11^e éd., Bruylant, 2021, n° 425, p. 298.

¹¹⁰¹ Civ. 1^{re}, 26 avril 1977, *D.* 1978, p. 664.

technique »¹¹⁰². Assurément, cette mesure aurait également pu être ordonnée par un juge saisi au principal sur le fondement de l'article 1221 du Code civil.

652. Le créancier de l'obligation peut également saisir le juge du provisoire sur le fondement de l'article 835 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « [l]e président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »¹¹⁰³. Certes, la condition d'urgence pour que le juge intervienne n'est pas mentionnée et des mesures faisant l'objet d'une contestation sérieuse peuvent être prescrites. Toutefois, le juge ne peut que prononcer des mesures conservatoires ou de remise en état. En vérité, il ne faut pas surestimer la portée de cette restriction : « [l]es notions de mesures conservatoires ou de remise en état doivent (...) être comprises largement, c'est-à-dire de manière à "toujours" permettre au juge de répondre utilement à la difficulté propre au cas dont il est saisi »¹¹⁰⁴. Or, il est des mesures conservatoires ou de remise en état qui peuvent prendre les atours des mesures qu'un juge saisi au fond ordonnerait et qui relèveraient alors de l'exécution forcée de l'obligation. Ainsi, dans un litige opposant deux colotis dont l'un avait construit une extension en violation du cahier des charges¹¹⁰⁵, le juge des référés fut saisi pour obtenir la destruction de l'ouvrage litigieux. Une telle mesure aurait parfaitement pu être sollicitée du coloti devant le juge du fond, sur le fondement de l'article 1221 du Code civil.

653. Une dernière forme de référé permettrait au créancier de l'obligation d'obtenir du juge du provisoire ce que le juge du fond prononcerait sur le fondement de l'article 1221 du Code civil : le référé-provision portant sur une obligation de faire¹¹⁰⁶,

¹¹⁰² Com., 4 juillet 1989, 87-18.448.

¹¹⁰³ Sur ce référé, v. not. Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile, op. cit.*, n° 427 et s., p. 300 et s.

¹¹⁰⁴ N. Cayrol, V° « Référé civil », in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2011, n° 557.

¹¹⁰⁵ Civ. 3^e, 21 janvier 2016, n° 15-10.566, *JCP G* 2016, 345, obs. P. Grosser.

¹¹⁰⁶ V. en général X. Vuitton, « Fasc 1300-15 : Référé spéciaux – Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur. – Référé-provision. – Référé-injonction de faire. – Référé secret des affaires. – Référé fausse information », in *JurisClasseur Procédure civile*, LexisNexis, 2019, n° 99 et s.

généralement désigné comme le « référé-injonction »¹¹⁰⁷. Le second alinéa de l'article 835 du Code de procédure civile prévoit que « [d]ans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, [les juges] peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Le pouvoir ainsi confié au juge du provisoire est tout sauf négligeable et vient quelque peu remettre en cause l'idée selon laquelle ce juge ne doit pas préjuger le différend dont il est saisi¹¹⁰⁸. Dans la perspective de la présente étude, il faut se concentrer sur la seconde branche de cet alinéa qui permet au juge du provisoire d'enjoindre l'exécution d'une obligation de faire. Il fait peu de doute que ce pouvoir peut être rapproché de celui exercé par le juge du fond qui applique l'article 1221 du Code civil. C'est tout simplement une exécution forcée provisoire qui peut être accordée au créancier d'une obligation dont la nature contractuelle permet de dire que son existence n'est pas sérieusement contestable dans nombre de cas. Ainsi, alors qu'un contrat de vente portant sur des bouteilles de vin n'avait pas été respecté spontanément par le vendeur, l'acquéreur a pu obtenir en référé la livraison des bouteilles¹¹⁰⁹. Assurément, il y a ici une forme d'exécution forcée de l'obligation de délivrance, d'autant qu'il est probable qu'aucune juridiction ne sera saisie au fond à la suite de cette décision. Il convient tout de même de relever que les plaideurs ne semblent pas saisir les potentialités du référé-injonction qui demeure peu utilisé en pratique contrairement au référé-provision¹¹¹⁰, lequel repose sur le même texte mais permet d'obtenir une somme d'argent et non pas une prestation *in specie*.

654. En fin de compte, le juge du provisoire peut être saisi dans divers contextes pour ordonner des mesures se rapprochant assez nettement de ce qu'un juge du fond, saisi

¹¹⁰⁷ Il ne faut pas confondre le référé-injonction avec la procédure d'injonction de faire régie par les articles 1425-1 et suivants du Code de procédure civile (sur cette procédure, v. not. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 1045 et s., p. 964 et s.). Elle consiste, pour les petits litiges relatifs à l'exécution *in specie* d'une obligation contractuelle qui n'opposent pas deux commerçants, à proposer une voie médiane entre l'action provisoire et celle au fond. Le juge examine la requête du créancier au regard notamment de l'article 1221 du Code civil et peut la rejeter si l'exécution forcée est impossible ou manifestement disproportionnée (en ce sens, v. not. R. Laher, *V° « Injonction de faire », in Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2020, n° 22 et s.).

¹¹⁰⁸ N. Cayrol, *V° « Référé civil », préc.*, n° 380.

¹¹⁰⁹ Civ. 2^e, 18 octobre 2007, n° 07-10.021.

¹¹¹⁰ Sur lequel, v. not. V. X. Vuitton, « Fasc 1300-15 : Référés spéciaux – Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur. – Référé-provision. – Référé-injonction de faire. – Référé secret des affaires. – Référé fausse information », *préc.*, n° 71 et s.

sur le fondement de l'article 1221 du Code civil, pourrait retenir¹¹¹¹. Cette capacité du juge du provisoire à prononcer une quasi-exécution forcée étant indéniable, il faut déterminer dans quelle mesure la demande du créancier est contrôlée.

655. L'exécution forcée contrôlée par le juge du provisoire ?- Lorsqu'il est saisi d'une demande de quasi-exécution forcée, le juge du provisoire contrôle-t-il le caractère manifestement disproportionné de la mesure sollicitée ? Autrement dit, le juge du provisoire a-t-il la responsabilité d'exercer le contrôle visé par l'article 1221 du Code civil ? L'interrogation est importante car en cas de réponse négative, un risque d'incohérence entre le provisoire et le définitif se fait jour. Plus encore, le créancier de l'obligation qui pressent que sa demande d'exécution forcée sera rejetée au visa de l'article 1221 du Code civil en raison de son caractère manifestement disproportionné pourrait être tenté de saisir le juge du provisoire pour éviter un tel contrôle, tout en pariant sur le fait que le débiteur ne saisira pas le juge du fond pour remettre en cause la mesure provisoire.

656. Dans un premier mouvement, le juge du provisoire n'a pas à mettre en œuvre le contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil, ou plutôt *il ne peut pas*. Cette incapacité trouve une explication dans l'office du juge du provisoire. En effet, en ce qu'il n'est pas saisi du principal, « le juge des référés ne tranche pas le fond du droit »¹¹¹². Certes, « la règle de droit est l'horizon permanent de [l']office »¹¹¹³ du juge des référés, mais il est une « limite à ne pas dépasser »¹¹¹⁴ : celle de dire le droit pour en tirer les conséquences. En conséquence, le juge du provisoire ne peut pas mettre en œuvre le contrôle de l'article 1221 du Code civil à proprement parler car il n'est pas saisi d'une demande en exécution forcée et il ne peut pas, de sa propre initiative, transposer ce contrôle ; il y aurait sinon dépassement de son office¹¹¹⁵. *A priori* donc, le risque d'incohérence entre la décision provisoire et la décision définitive existe, tout comme le risque de contournement du contrôle de l'article 1221 du Code civil par le créancier.

¹¹¹¹ Pour d'autres manifestations de l'intervention du juge du provisoire en matière contractuelle, notamment sous l'impulsion de la réforme du droit des contrats, v. H. Barbier, « Le juge des référés et le contrat : textes anciens et réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 854.

¹¹¹² Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile, op. cit.*, n° 424, p. 298.

¹¹¹³ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, 2018, n° 1872, p. 1388.

¹¹¹⁴ J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 413, p.345.

¹¹¹⁵ Rapp. *ibid.* : « Dans cet esprit, ce magistrat n'a pas à dire qu'une clause pénale est manifestement excessive et qu'ainsi elle doit être réduite ».

657. La précédente conclusion repose sur une conception réductrice de l'office du juge du provisoire : s'il n'est pas appelé à faire application de la règle de droit, se désintéresse-t-il pour autant de cette règle ou bien de certaines de ses composantes ? Le juge des référés est conscient du fait que sa décision est provisoire – puisque dépendante d'une saisine du juge du fond – et sait que la mesure qu'il ordonne doit préserver la potentielle décision au fond¹¹¹⁶. Plus encore, l'attention particulière que porte le juge du provisoire sur les circonstances de l'espèce – à défaut des règles de droit applicables – le pousse à un certain pragmatisme, à faire preuve de « [r]éalisme et [de] prudence »¹¹¹⁷. Or, quand une règle de droit intègre une logique relativement similaire, il n'est pas exclu que le juge du provisoire se retrouve, malgré lui, à en faire une application indirecte. C'est ce raisonnement qui pourrait être à l'œuvre lorsqu'il est demandé au juge du provisoire une quasi-exécution forcée : nulle application formelle du contrôle de l'article 1221 du Code civil, mais un contrôle qui permet d'éviter une situation d'incohérence entre les décisions provisoire et au fond.

658. Si le créancier entend obtenir la quasi-exécution forcée de l'obligation contractuelle en se fondant sur l'article 834 du Code de procédure civile, lequel a trait à l'hypothèse d'urgence, le juge ne peut refuser la mesure sur le fondement de l'article 1221 du Code civil. En revanche, le texte du Code de procédure civile autorise le juge saisi à prendre « toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Il est commun de relever la difficulté d'interprétation de la disposition¹¹¹⁸, à cause de la « curiosité grammaticale : “ou que” »¹¹¹⁹ séparant la condition d'absence de contestation sérieuse et celle d'existence d'un différend. Les deux conditions ne se suppriment-elles pas mutuellement ? En vérité, une distinction doit être faite entre les mesures qui entendent anticiper la solution du juge du fond et celles qui stabilisent le différend opposant les parties : les premières ne peuvent être ordonnées si elles font l'objet d'une contestation sérieuse, les secondes seront accordées même en cas de contestation sérieuse car elles ont une ambition bien plus restreinte. Assurément, lorsque le créancier d'une obligation contractuelle demande une mesure qui est assimilable à l'exécution forcée de cette obligation, il y a anticipation de la décision que les juges du

¹¹¹⁶ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n°1890, p.1473.

¹¹¹⁷ N. Cayrol, « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.* 2011, p. 904.

¹¹¹⁸ J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 410 p. 343.

¹¹¹⁹ Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile, op. cit.*, n° 426, p. 299.

fond prendront sur le fondement l'article 1221 du Code civil, plutôt qu'une stabilisation du différend. Dès lors, la contestation sérieuse adressée à la mesure par le débiteur devrait pousser le juge du provisoire à la refuser et à laisser le soin au juge du fond de résoudre la difficulté. Si les contours de cette « contestation sérieuse » sont difficiles à tracer, il est admis qu'elle renvoie à la contestation « que le juge ne peut, sans hésitation, rejeter en quelques mots »¹¹²⁰. Ainsi, lorsque le débiteur considère qu'il existe une disproportion manifeste entre le coût de la correction de l'inexécution et l'intérêt procuré au créancier par cette mesure, il peut la contester auprès du juge du provisoire. S'il existe un doute sur le caractère disproportionné du coût de la mesure, notamment révélé par le recours d'une mesure d'instruction réalisée par un technicien, le juge ne peut pas ordonner la mesure car celle-ci fait l'objet d'une contestation sérieuse qui nécessiterait qu'il s'aventure sur le terrain du fond du droit. En somme, il existe dans le régime du référé de l'article 834 du Code de procédure civile une ressource qui permet d'éviter une incohérence entre les solutions provisoire et au fond quant à la sanction *in specie* d'une obligation contractuelle.

659. La même solution trouve-t-elle à s'appliquer lorsque le créancier saisit le juge des référés sur le fondement de l'article 835 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, c'est-à-dire pour obtenir des mesures conservatoires ou de remise en état permettant d'éviter un dommage imminent ou de faire un trouble manifestement illicite ? Force est de constater que le même raisonnement ne pourra pas être tenu ici car, en application de ce texte, le juge peut prendre des mesures « même en présence d'une contestation sérieuse ». *A priori* donc, le débiteur ne peut obtenir le rejet de la demande du créancier en faisant douter le juge sur le caractère manifestement disproportionné de son coût par rapport à son intérêt. Le risque d'incohérence entre le provisoire et le fond est toutefois combattu autrement. En effet, l'étude de la pratique judiciaire révèle que le souci pragmatique du juge se concrétise par l'exercice d'un contrôle de la proportionnalité pouvant prendre diverses modalités et orientations¹¹²¹. D'une part, il est des hypothèses connues de contrôle entre des termes dont l'un au moins est une liberté ou un droit fondamental : le juge veille ainsi à ce que la mesure sollicitée ne soit pas de nature à porter une atteinte disproportionnée

¹¹²⁰ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 1906, p. 1486.

¹¹²¹ Sur ce mouvement, v. N. Cayrol, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *RTD civ.* 2016, p. 449.

à un droit fondamental¹¹²². D'autre part, le juge peut mettre en œuvre un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité présentant une logique davantage économique et quantitative, proche de celle mise en œuvre dans le cadre de l'article 1221 du Code civil. Ainsi, lorsqu'un coloti obtient en référé la démolition de l'ouvrage d'un autre coloti violant le cahier des charges, la Cour de cassation a considéré « [qu']une telle mesure poursuiv[ait] le but légitime d'assurer le respect du cahier des charges régissant les droits des colotis et [qu'elle] n'apparaiss[ait] pas disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte causée par l'extension litigieuse »¹¹²³. Ce faisant, la Cour invite les juges des référés à veiller à la proportionnalité de la mesure sollicitée. Ici se trouve le moyen d'éviter une incohérence entre le traitement de la demande d'exécution forcée par le juge du fond et celui de la demande de quasi-exécution forcée par le juge du provisoire. Ce dernier juge, s'il a acquis la conviction que la mesure est disproportionnée – notamment au regard de l'écart entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier – ou bien s'il a des doutes quant à ce caractère, refusera de la prononcer.

660. Concernant le référé-injonction prévu par l'article 835 alinéa 2 du Code de procédure civile, le juge a-t-il les ressources pour exercer, en substance, le contrôle de l'article 1221 du Code civil ? La lettre du Code de procédure civile évoque simplement comme limite – ou plutôt comme cadre – à l'intervention du juge le caractère sérieusement contestable de l'obligation. Il faut bien noter que c'est l'existence de l'obligation qui doit être sérieusement contestable, et non pas la mesure sollicitée, pour faire échec à la demande du créancier. Le débiteur ne peut donc pas invoquer le potentiel caractère manifestement disproportionné de la mesure sollicitée pour soulever le fait que cette mesure est sérieusement contestable. Par ailleurs, le peu de jurisprudence sur le référé-injonction ne fait pas apparaître la pratique d'un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité qui permettrait au juge du provisoire d'appliquer indirectement le contrôle de l'article 1221 du Code civil, comme il le fait dans le cadre de l'article 835 al. 1^{er} du Code de procédure civile. Toutefois, il ne faut pas trop rapidement conclure à l'inexistence d'un tel contrôle. Certains auteurs ont pu considérer le juge du provisoire saisi devant se conformer aux exigences de l'article 1221 du Code civil¹¹²⁴. Si la remarque était transposée après la réforme du droit des

¹¹²² V. par ex. Civ. 3^e, 22 octobre 2015, n° 14-11.776 : demande en référé de l'expulsion d'un campement illicite confrontée au droit au respect au domicile protégé par l'article 8 de la Convention EDH.

¹¹²³ Civ. 3^e, 21 janvier 2016, préc. (nous soulignons).

¹¹²⁴ J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 424, p. 333

contrats, il faudrait retenir que le juge du référé-injonction ne peut ordonner l'exécution forcée que dans le cadre posé par l'article 1221 du Code civil, c'est-à-dire dans tous les cas sauf si la mesure est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son intérêt pour le créancier et son coût pour le débiteur. Néanmoins, l'idée selon laquelle le juge du provisoire doit se calquer sur l'office du juge fond est très discutable car il convient de rappeler qu'il n'a pas à appliquer la règle de droit¹¹²⁵. En vérité, s'il faut admettre que le juge examinant un référé-injonction doit exercer un contrôle de proportionnalité de la mesure, c'est parce que son office est, de manière générale, résolument tourné vers une forme de proportionnalité et de conciliation des intérêts en présence¹¹²⁶. Assurément donc, si le débiteur estime que la mesure sollicitée dans le cadre d'un référé-injonction présente un coût manifestement disproportionné, il pourra invoquer cette difficulté. Le juge du provisoire ne pourra pas procéder strictement au même contrôle que celui du juge du fond, car il n'applique pas l'article 1221 du Code civil, mais il aura la possibilité de refuser la mesure puisqu'elle lui paraîtra disproportionnée.

661. En fin de compte, entre le juge du provisoire et le juge du fond, le premier n'a pas la responsabilité – ni même la possibilité – de mettre en œuvre le contrôle de l'exécution forcée porté par l'article 1221 du Code civil. Cela s'explique par le fait que le juge du provisoire n'a pas à faire application des règles de droit. Toutefois, il n'est pas exclu que ce juge du provisoire traite des demandes se rapprochant dans leurs modalités et conséquences de l'exécution forcée. La cohérence entre le traitement provisoire et définitif de cette difficulté est préservée car le juge du provisoire dispose déjà de diverses ressources pour assurer la proportionnalité des mesures qu'il ordonne. Ainsi, même s'il n'a pas la charge du contrôle de l'article 1221 du Code civil et qu'il ne peut exactement l'exercer, il ne s'en désintéresse pas et doit veiller à ne pas prendre une décision trop éloignée de celle que le juge du fond adopterait.

¹¹²⁵ Sur le fait que le juge du provisoire peut dépasser les prérogatives du juge du fond, v. not. N. Cayrol, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », préc.

¹¹²⁶ *Ibid.* Adde N. Cayrol, V^o « Référé civil », préc., n^o 596 et s.

2) Le juge du fond ou le juge du droit

662. La disproportion manifeste de l'exécution forcée : une question de fait échappant au juge du droit.- Qui du juge du fond ou du juge du droit a la responsabilité de dire s'il existe une disproportion manifeste de l'exécution forcée au sens de l'article 1221 du Code civil ? S'il est acquis que c'est au débiteur d'établir la preuve de cette disproportion manifeste¹¹²⁷, il reste à déterminer quel juge doit en être convaincu. Cela renvoie à la question fondamentale de la répartition des missions entre les juges du fond et la Cour de cassation. Cette répartition repose elle-même sur une distinction entre les questions de fait et les questions de droit¹¹²⁸ : alors que la Cour de cassation a le dernier mot sur les questions de droit, les questions de fait sont souverainement appréciées par les juges du fond dont les conclusions ne peuvent être remises en cause par la Cour régulatrice. En somme, pour identifier le juge qui a la responsabilité du contrôle de l'exécution forcée, il faut déterminer si le résultat de ce contrôle est une question de droit ou bien de fait.

663. Instinctivement, il est possible de voir dans le contrôle de l'article 1221 du Code civil une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. En effet, de nombreux développements relatifs à ce contrôle ont mis en lumière qu'il repose résolument sur les faits de l'espèce soumise au juge : que ce soit l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, le coût de la sanction pour le débiteur ou encore le seuil de la disproportion manifeste, il est systématiquement question d'un retour aux faits ou d'une approche pragmatique. Il s'agirait alors d'abonder dans le sens des commentaires de l'article 1221 du Code civil pour considérer que la « question paraît être de fait »¹¹²⁹ afin de conclure que « les juges du fond (...) devront souverainement apprécier, au vu des éléments de preuve fournis par les parties »¹¹³⁰ l'existence de la disproportion manifeste de l'exécution forcée¹¹³¹.

¹¹²⁷ V. *supra* n° 625 et s.

¹¹²⁸ Sur cette distinction, v. en général J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Dalloz, 2015, n° 60.00 et s., p. 239 et s. ; M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier et J. Buk Lament, *La technique de cassation*, 9^e éd., Dalloz, 2018, p. 75 et s.

¹¹²⁹ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, *op. cit.*, n° 471, p. 365.

¹¹³⁰ N. Ancel, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p. 408.

¹¹³¹ En ce sens, v. not. Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 561, p. 505 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 962, p. 697.

664. La précédente conclusion mérite malgré tout d’être examinée plus avant car si les conséquences de la distinction entre questions de droit et questions de fait sont acquises, les termes de la distinction sont quant à eux bien moins maîtrisés. L’absence de définitions légales permet à la Cour de cassation d’avoir une certaine mainmise quand il s’agit de ranger parmi les deux catégories une question particulière. Ainsi les juges du droit ont eu l’occasion de détourner de leur champ d’action un certain nombre de questions qui pourraient *prima facie* être qualifiées « de droit »¹¹³². Inversement, ces mêmes juges ont œuvré afin de ramener dans leur giron un certain nombre de questions qui auraient pu être qualifiées « de fait », la démarche étant rendue possible par l’appréhension de l’opération de qualification sur laquelle le juge du droit opère un contrôle normatif. Cette dernière « consiste à identifier une situation de fait à une notion légale, à déterminer dans quelle catégorie légale rentre le fait ou l’acte dont l’existence a été constatée, et par suite, à apprécier quelle règle juridique lui est applicable »¹¹³³. Il est impossible de nier le caractère fondamental de l’opération de qualification qui met en évidence, par ailleurs, la relativité de la distinction entre le fait et le droit. C’est pour cette raison qu’une doctrine très majoritaire tend à classer la qualification des faits parmi les questions de droit entrant dans la compétence de la Cour de cassation¹¹³⁴. Motulsky relevait déjà que « [l]’idée d’après laquelle toute qualification soulève une question de Droit exprime (...) une vérité »¹¹³⁵, de sorte que s’exposent à la censure de la Cour régulatrice les juges du fond qui auraient erré dans la qualification juridique d’un fait qui leur était présenté. Le propos est de nature à menacer la solution, dégagée instinctivement, selon laquelle la caractérisation de la disproportion manifeste de l’exécution forcée serait une question de fait. En effet, ne faut-il pas voir ici une opération de qualification, le juge saisi observant les circonstances de l’espèce – le coût et l’intérêt de l’exécution forcée – pour en déduire l’existence d’une disproportion manifeste à laquelle des conséquences légales sont attachées ? La caractérisation de l’exception visée à l’article 1221 du Code civil pourrait ainsi être une question de droit n’échappant pas à la Cour de cassation, les parties devant s’attendre à ce que ce point soit discuté jusque sur le quai de l’Horloge¹¹³⁶.

¹¹³² V. not. J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 62.00 et s., p. 258 et s.

¹¹³³ *Ibid.*, n° 65.04, p. 301 (les auteurs soulignent).

¹¹³⁴ *Ibid.*, n° 65.06, p. 302 (et les références citées).

¹¹³⁵ H. Motulsky, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 137, p. 155.

¹¹³⁶ En ce sens, v. B. Mathieu, « Le nouveau droit de l’inexécution du contrat en pratique », *préc.*, spéc. n° 6.

665. Si la Cour de cassation s'appuie sur l'opération de qualification pour recouvrer une forme de compétence sur les faits de l'espèce, force est de constater que la démarche n'est pas généralisée : il est des hypothèses qui s'apparentent techniquement à une qualification mais que les juges du droit abandonnent aux juges du fond¹¹³⁷. Ainsi, alors que la Cour de cassation admet classiquement que la qualification de faute en matière de responsabilité civile est une question de droit qu'elle contrôle¹¹³⁸, celle de la violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage dans la perspective du divorce pour faute lui échappe¹¹³⁹. Sans ce tri, le caractère systématique de l'opération de qualification entraînerait une paralysie de la juridiction. Malheureusement, le tri auquel elle procède ne repose pas sur des critères bien identifiés. Même si la solution n'est guère assurée, les pistes de réflexion dégagées par la doctrine peuvent être mobilisées pour déterminer si la Cour de cassation est davantage susceptible d'assimiler la disproportion manifeste de l'exécution forcée à une question de droit ou bien à une question de fait¹¹⁴⁰.

666. En faveur d'une assimilation de la disproportion manifeste de l'exécution à une question de droit, il est d'abord possible d'évoquer le fait que l'exception en cause présente une certaine nouveauté¹¹⁴¹. Or, il semble que la Cour de cassation n'hésite pas à exercer un contrôle sur les nouvelles normes afin d'en préciser le contenu, quitte à abandonner ce contrôle aux juges du fond par la suite¹¹⁴². Concernant la nouvelle exception à l'exécution forcée, la Cour de cassation pourrait bien vouloir veiller à ce que l'utilisation qu'en font les juges du fond corresponde à l'esprit qui a présidé sa consécration. Après tout, la construction prétorienne du principe de l'exécution forcée témoigne de l'importance du régime de cette sanction aux yeux des juges de la Cour de cassation. Ces derniers pourraient donc vouloir conserver dans leur giron, pendant un temps du moins, la nouvelle exception à l'exécution forcée. Ensuite, au-delà de la nouveauté de la norme, il faut ajouter son potentiel de répétition, lequel est de nature à pousser les juges du quai de l'Horloge à se saisir de l'opération de qualification¹¹⁴³. En effet, un grand nombre de contrats sont

¹¹³⁷ V. not. sur l'ensemble de la démarche J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 65.11 et s., p. 302 et s.

¹¹³⁸ Civ., 19 août 1845, *DP* 1845, 1, 378.

¹¹³⁹ V. not. Civ. 2°, 29 avril 1994, n° 92-16.814

¹¹⁴⁰ Sur ces pistes, v. not. J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 65.121 et s., p. 312 et s.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, n° 65.132, p. 314.

¹¹⁴² En ce sens, v. J. Buffet, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, p. 113, spéc. p. 117 et s. Adde C. de Cabarrus, in « L'office du juge et le contrat », *RDC* 2022/2, p. 160, spéc. p. 165.

¹¹⁴³ J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 65.133, p. 314 et s.

susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée en cas d'inexécution et, donc, sont susceptibles d'être le théâtre d'une discussion quant au caractère manifestement disproportionné de cette sanction. Aussi, pour éviter les disparités d'un juge du fond à l'autre quant à l'appréhension des termes de l'exception, le coût et l'intérêt de l'exécution forcée, l'intervention de la Cour régulatrice pourrait être nécessaire. Enfin, dans une perspective plus négative, force est de constater l'absence de certains marqueurs typiquement attachés aux qualifications que les juges du droit abandonnent aux juges du fond. En effet, il est difficile de voir dans la qualification de disproportion manifeste de l'exécution forcée une opération nécessitant une appréciation d'un état psychologique ou mental qui est généralement de nature à classer la qualification parmi les questions de fait¹¹⁴⁴. La contestation de la relation entre l'exigence de bonne foi ou la théorie de l'abus de droit avec le contrôle de l'article 1221 du Code civil observée plus tôt conduit à évincer de la mission judiciaire l'examen de la conscience du créancier qui réclame l'exécution forcée¹¹⁴⁵. Dans une autre dimension, mais produisant la même conséquence, il faut également admettre que la qualification en cause ne repose pas sur une appréciation exclusivement technique qui laisserait aux juges du fond une certaine préséance par rapport à la Cour de cassation¹¹⁴⁶. Certes, il a été vu que l'intervention d'un technicien pourrait bien souvent être nécessaire pour identifier et évaluer les termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil¹¹⁴⁷. Toutefois, la question de la disproportion manifeste n'est pas exclusivement technique : si l'évaluation des termes du rapport de proportionnalité présente une telle technicité, l'appréciation de l'écart entre l'intérêt et le coût de la sanction relève de la seule compétence du juge – et non pas du technicien – et n'est en rien une question technique. En fin de compte, il est plusieurs éléments qui pourraient pousser la Cour de cassation à considérer que la disproportion manifeste de l'exécution forcée est une question de droit dont elle a la responsabilité.

667. En faveur d'une assimilation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée à une question de fait, un élément déterminant est à relever : la qualification en cause

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, n° 65.123, p. 312.

¹¹⁴⁵ A l'inverse, s'il est admis que la nouvelle limite à l'exécution forcée est une simple déclinaison de la théorie de l'abus de droit, l'abandon au pouvoir souverain des juges du fond paraît délicate dans la mesure où la caractérisation de l'abus de droit – rattaché à la responsabilité du fait personnel – est contrôlée par la Cour de cassation. Sur cet aspect, v. B. Mathieu, « Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique », préc., spéc. n° 6.

¹¹⁴⁶ J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 65.124, p. 313.

¹¹⁴⁷ V. *supra* n° 637 et s.

laisse une place prépondérante à la constatation des faits de l'espèce. Que ce soit l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, le coût de la sanction pour le débiteur ou le seuil de la disproportion manifeste, il est systématiquement question pour le juge d'adopter une approche pragmatique. La question n'est pas exclusivement technique, mais elle se rattache constamment aux faits de l'espèce et à une logique quantitative. Or, il s'agit là d'un critère employé par les juges du quai de l'Horloge pour confier aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation¹¹⁴⁸. Plus encore, l'absence de précision dont est affectée la norme – en ayant recours à un standard – est susceptible d'être interprétée comme une volonté du législateur de laisser une certaine liberté aux juges du fond quant à son application¹¹⁴⁹. Le propos vaut davantage encore lorsque la qualification repose sur une appréciation quantitative imprécise car « la Cour régulatrice considère que l'appréciation du fait dévore et absorbe l'appréciation juridique et qu'il est difficile de tracer une séparation entre elles »¹¹⁵⁰. L'exemple le plus parlant de cette démarche, pour la présente étude, est celui de l'appréciation du caractère « manifestement excessif » de la clause pénale au sens de l'article 1231-5 du Code civil. En effet, à plusieurs reprises, un lien a été tissé entre la remise en cause de l'efficacité de cette clause lorsqu'elle est manifestement excessive et la remise en cause de l'exécution forcée manifestement disproportionnée. Or, concernant la clause pénale, l'appréciation de son caractère manifestement excessif relève du pouvoir souverain des juges du fond¹¹⁵¹. La solution amène la question suivante : en se contentant d'un standard – l'excès manifeste – quand il pouvait fixer un seuil fixe et arbitraire comme en matière de lésion immobilière¹¹⁵², le législateur ne sous-entend-il pas qu'il revient davantage aux juges du fond qu'à la Cour de cassation de clore le débat sur la qualification ? La question pouvant être étendue à la nouvelle exception de l'exécution forcée, il est également tentant de prolonger la solution et de retenir que la disproportion manifeste de l'exécution forcée est une question de fait relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, n° 65.136, p. 315 et s.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, n° 65.122, p. 312.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, n° 65.125, p. 313 et s. *Adde* V. Vigneau, in « L'office du juge et le contrat », *RDC* 2022/2, p. 160, spéc. p. 164 et s.

¹¹⁵¹ V. par ex. Com., 11 février 1997, n° 95-10.851, *RTD civ.* 1997, p. 654, obs. J. Mestre ; Com., 13 janvier 2021, n° 19-14.767.

¹¹⁵² V. *supra* n° 122.

668. En définitive, il est difficile de déterminer avec certitude si le caractère manifestement disproportionné de l'exécution forcée sera souverainement apprécié par les juges du fond ou bien si la Cour de cassation se réservera le droit de contrôler cette qualification. L'incertitude procède essentiellement du fait que la solution dépend de la volonté de la Cour de cassation qui décide en pure opportunité. Il faut alors concéder que dans son application anticipée du contrôle de l'article 1221 du Code civil, les juges du quai de l'Horloge ont suggéré qu'ils allaient opérer un contrôle normatif léger de la caractérisation de la disproportion manifeste : « la cour d'appel, (...) *a pu déduire*, de ces seuls motifs, que la demande d'exécution en nature devait être rejetée (...) »¹¹⁵³. La Cour régulatrice semble donc vouloir faire de la question litigieuse une question de droit, sur laquelle elle exercerait un contrôle léger, et non pas une question de fait qu'elle abandonnerait aux juges du fond et sur laquelle elle exercerait un contrôle restreint, limité à celui de la motivation. Une telle solution, si elle venait à se pérenniser, serait regrettable en ce qu'elle irait à l'encontre de la pratique antérieure de la Cour de cassation, notamment en matière de clause pénale. En effet, il est acquis que tous les aspects du contrôle relèvent essentiellement de considérations d'ordre factuel dont les meilleurs juges sont les juges du fond. Au surplus, confier à ces derniers juges la question de la disproportion manifeste de l'exécution forcée n'est pas synonyme d'absence de contrôle pour la Cour de cassation : il demeure le contrôle portant sur la motivation des juges du fond, qui permettrait de trouver un équilibre entre les missions du juge du fait et celles du juge du droit.

669. Le contrôle par la Cour de cassation de la motivation des juges du fond caractérisant la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- Le contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond n'est pas blanc ou noir : l'obligation de motivation qui pèse sur les juges connaissant du fait ouvre une zone grise de contrôle. Il n'est guère nécessaire de revenir ici sur l'exigence – fondamentale et objet de nombreuses réflexions¹¹⁵⁴ – de motivation des décisions de justice, laquelle trouve sa source à la fois dans la loi et dans la jurisprudence des juges du quai de l'Horloge qui en ont fait un cas d'ouverture à cassation. Pour le présent propos il suffit de rappeler que les juges doivent formellement motiver leurs décisions, sans quoi elles seraient atteintes d'un défaut de

¹¹⁵³ Civ. 3^e, 13 juillet 2022, préc. (nous soulignons).

¹¹⁵⁴ V. en dernier lieu N. Cayrol, « Réflexions sur la motivation en procédure civile », *Rev. dr. Assas* 2019, n° 19, p. 25.

motifs¹¹⁵⁵, mais aussi qu'ils doivent y développer une motivation suffisante, sans quoi elles s'exposent à une censure pour défaut de base légale¹¹⁵⁶. À cet égard, il importe peu que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation sur une question particulière : « pour vérifier que la loi a été appliquée *et ses conditions d'application respectées*, la Cour de cassation doit aussi pouvoir s'assurer que le juge du fond *a exercé son pouvoir souverain d'appréciation* et n'a pas négligé telle ou telle qualification juridique abandonnée à sa seule appréciation »¹¹⁵⁷. En somme, il s'agit moins pour la Cour régulatrice d'apprécier elle-même les faits que de vérifier que les juges du fond ont pris leur décision en n'omettant aucun élément qu'elle estime devoir être apprécié pour que l'opération de qualification soit menée régulièrement. Ainsi, il y a irrégularité lorsque le juge oublie l'une des conditions d'application de la loi ou encore s'il omet d'examiner certains éléments de preuve présentés par les parties.

670. L'exception tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée constitue un cadre favorable au contrôle de la motivation des juges du fond. Une décision faisant application de l'article 1221 du Code civil pourrait ainsi s'exposer à la censure de la Cour de cassation pour défaut de base légale si, tout en écartant l'exécution forcée à cause de son caractère manifestement disproportionné, elle ne prenait pas le temps de quantifier les termes du rapport de proportionnalité – l'intérêt et le coût de l'exécution forcée – et de dire en quoi la disproportion entre eux est manifeste. En exerçant sur la décision des juges du fond un contrôle de la motivation, la Cour de cassation peut obtenir un équilibre : d'un côté elle leur reconnaît une compétence pour constater et apprécier les faits qui permettent de déterminer l'issue du litige ; d'un autre côté, elle s'assure qu'aucun élément de la qualification identifié par la loi ou par elle n'échappe à l'examen des premiers juges.

671. L'exigence de motivation pèse-t-elle dans la même mesure sur le juge qui écarte la nouvelle exception de l'article 1221 du Code civil pour, en définitive, faire droit à la demande du créancier ? La question mérite d'être posée au regard du caractère *a priori* variable de l'exigence de motivation lorsqu'il s'agit de modérer le montant d'une clause

¹¹⁵⁵ J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 77.00 et s., p. 401 et s.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, n° 78.00 et s., p. 427 et s.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, n° 78.91, p. 435 (les auteurs soulignent).

pénale. Sans originalité, le juge qui estime que le montant de cette clause est manifestement excessif – ou dérisoire –, et veut donc le modifier, doit motiver sa décision¹¹⁵⁸. A l'inverse, il est généralement enseigné que « les juges du fond n'ont pas à motiver *spécialement* leur décision lorsque, faisant application pure et simple des conventions, ils refusent de modérer la peine forfaitairement convenue »¹¹⁵⁹. En vérité, il ne faut pas se méprendre sur la portée de la solution. Si le juge ne doit pas *spécialement motiver* sa décision de ne pas modérer le montant de la clause pénale, le caractère fondamental de l'exigence de motivation rend inenvisageable un quelconque mutisme à partir du moment où ce point est débattu par les parties. Si l'une des parties évoque la question de la révision de la clause pénale dans ses conclusions, le juge doit forcément se prononcer et motiver sa décision sur cet aspect, sinon il y aurait absence de réponse à conclusions. En fin de compte, il faut comprendre la précédente solution comme ne demandant pas une motivation spéciale lorsqu'il s'agit de maintenir la clause pénale en l'état, mais simplement une motivation normale. La même approche peut être transposée en matière de contrôle de l'exécution forcée : si le débiteur invoque le fait qu'il existe une disproportion manifeste, mais que le juge n'est pas convaincu, le juge doit motiver le fait qu'il rejette l'exception mais ne doit pas proposer une motivation spéciale car il s'agit simplement de faire une application de la convention des parties qui postule l'exécution *in specie* de l'obligation consentie.

672. Conclusion.- Divers juges sont *a priori* susceptibles d'appliquer le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil : le juge du fond, le juge du provisoire et le juge du droit. A l'examen, toutefois, seul le premier doit avoir la véritable responsabilité de le faire. Cela ne signifie pas pour autant que les autres juges cités se désintéressent totalement de la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée. Certes, le juge du provisoire ne peut réaliser le contrôle en cause car il n'a pas à appliquer les règles de droit. Néanmoins, lorsqu'il est saisi d'une demande assimilable à une demande en exécution forcée, il dispose de ressources pour opérer un contrôle en partie assimilable à celui de l'article 1221 du Code civil. Le juge du droit, malgré une récente décision, ne devrait pas exercer lui-même le contrôle de la disproportion manifeste car la caractérisation de cette dernière semble être une question de fait relevant du pouvoir souverain

¹¹⁵⁸ Civ. 1^{re}, 14 novembre 1995, n° 94-04.008 : « en s'abstenant de rechercher en quoi, compte tenu de son but, la pénalité contractuelle était manifestement excessive, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

¹¹⁵⁹ Civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, n° 99-13.555 (nous soulignons).

d'appréciation des juges du fond. Il demeure que la Cour de cassation conserve un certain droit de regard sur le raisonnement du juge du fond à travers le contrôle de la motivation de sa décision caractérisant ou excluant la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Si les précédents développements indiquent que c'est le juge du fond qui a la responsabilité d'opérer le contrôle de l'article 1221 du Code civil, il reste à déterminer s'il a le pouvoir de relever d'office une telle disproportion.

B) LE POUVOIR DES JUGES DU FOND DE RELEVER D'OFFICE LA DISPROPORTION MANIFESTE DE L'EXECUTION FORCEE

673. Il est désormais acquis qu'il revient aux juges du fond de dire s'il y a ou non disproportion manifeste de l'exécution forcée. Faut-il aller plus loin et admettre qu'ils *doivent* le dire s'ils constatent une telle disproportion dans une espèce qui leur est soumise, alors même que le débiteur ne soulève pas l'exception de l'article 1221 du Code civil ? Pour répondre à cette interrogation, il faut reprendre les termes du débat relatif au devoir de relever d'office un moyen de droit (1) avant d'en appliquer la conclusion à l'exception de l'article 1221 du Code civil (2).

1) Le débat relatif au devoir de relever d'office un moyen de droit

674. Position du problème.- La question du relevé d'office par les juges du fond d'un moyen de droit occupe une place importante de la réflexion processualiste¹¹⁶⁰. Très concrètement, il s'agit de déterminer si le juge peut faire appel à une règle juridique dont les parties n'ont pas envisagé dans leurs conclusions l'application ou, dans la même logique, s'il peut requalifier l'objet du litige, ce qui conduit à « maintenir le résultat (factuel) recherché par les parties [tout en] redonn[ant] à la prétention son véritable fondement juridique, sa véritable qualification »¹¹⁶¹. A dire vrai, c'est moins la *faculté* du relevé d'office, largement admise, qui pose problème que le *devoir* du relevé d'office : les juges du fond doivent-ils relever d'office un moyen de droit ou encore requalifier l'objet

¹¹⁶⁰ V. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 570 et s., p. 474 et s.

¹¹⁶¹ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 575, p. 476.

du litige soumis de sorte que ceux qui manquent à ce devoir s'exposeraient à la censure de la Cour de cassation ?

675. Solution prétorienne : simple faculté de relever d'office et non pas un devoir de relever d'office.- Pour répondre à la précédente interrogation, il est de bonne méthode de consulter l'article 12 du Code de procédure civile : « [l]e juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » (al. 1^{er}) et « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » (al. 2nd). La conjonction de ces alinéas avec la suppression par le Conseil d'Etat du troisième alinéa du texte, lequel retenait lors de son entrée en vigueur que le juge « *peut* relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties » (nous soulignons), a conduit une partie de la doctrine à admettre un *devoir* et non pas un *pouvoir* de relever d'office les moyens de droit¹¹⁶².

676. Le raisonnement n'a toutefois pas emporté la totale conviction de la jurisprudence qui était divisée sur la question¹¹⁶³, au moins jusqu'à ce que l'Assemblée plénière se prononce dans l'arrêt *Dauvin*¹¹⁶⁴. Au terme de cette décision remettant en cause les constructions jurisprudentielles et doctrinales antérieures, la Cour régulatrice considère que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, *il ne lui fait pas l'obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* » (nous soulignons). Il y a ici un retour strict à la lettre du Code de procédure civile et à la distinction entre l'opération de requalification des faits et actes litigieux – obligatoire – et celles du relevé d'office ou de requalification de l'objet du litige – facultatives.

¹¹⁶² *Ibid.*, n° 578, p. 478 et s.

¹¹⁶³ Sur les incertitudes de la jurisprudence, v. *ibid.* n° 579 et s., p. 479 et s.

¹¹⁶⁴ Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *Gaz. Pal.* 2008, n° 19, p. 2, concl. R. de Gouttes ; *JCP G* 2008, II, 10004, note L. Weiller ; *D.* 2008, p. 1102, note O. Deshayes ; *JCP G* 2008, I, 138, obs. S. Amrani-Mekki ; *CCC* 2008, n° 92, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2008, p. 317, obs. P.-Y. Gautier.

677. La solution a fait l'objet de nombreuses critiques d'ordre théorique au regard de la proximité intellectuelle des trois opérations précitées, mais aussi en opportunité : marquer le relevé d'office du sceau du pouvoir et non du devoir opèrerait une régression anachronique de l'office du juge au détriment des droits des justiciables¹¹⁶⁵. A l'inverse, avec d'autres¹¹⁶⁶, il est possible d'admettre que faire peser par principe sur les juges du fond un devoir de relever d'office les moyens de droit conduit à fournir aux justiciables un avantage indu en ce qu'ils pourraient obtenir la cassation d'une décision ne visant pas un moyen qu'ils avaient omis d'exploiter eux-mêmes. Comme le relevait l'avocat général près la Cour de cassation, « il ne faut pas se dissimuler qu'obliger le juge du fond à relever d'office le moyen de droit adéquat oublié par les parties pourrait être une source de nombreux pourvois en cassation, chaque fois que le juge du fond n'aurait pas exactement rectifié le fondement juridique proposé par le demandeur »¹¹⁶⁷.

678. L'absence de devoir de relever d'office un moyen de droit est un principe qui connaît des exceptions : la décision de la Cour de cassation réserve le cas de « règles particulières »¹¹⁶⁸. Il en va ainsi lorsqu'une règle légale impose la requalification de la demande par le juge¹¹⁶⁹, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne intime au juge national de relever d'office certaines règles¹¹⁷⁰, ou encore lorsqu'en matière internationale il est question de droits qui ne sont pas disponibles¹¹⁷¹. Plus généralement, diverses décisions récentes témoignent du fait que le juge semble être dans l'obligation de relever d'office la règle de droit applicable qui serait d'ordre public¹¹⁷². Le lien ainsi tissé entre ordre public substantiel et relevé d'office s'explique aisément : « [u]ne loi d'ordre public est par définition une loi dont l'application échappe au pouvoir des parties. Celles-ci ne

¹¹⁶⁵ Pour une critique, v. not. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, n° 589 et s., p. 492 et s. (et les références citées).

¹¹⁶⁶ V. not. L. Leveneur, obs. sous Ass. plén., 21 décembre 2007, préc.

¹¹⁶⁷ R. de Gouttes, concl. sur Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, préc.

¹¹⁶⁸ Sur ces réserves, v. not. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 536, p. 517.

¹¹⁶⁹ V. par ex. art. L. 1245-1 du Code du travail relative à la requalification d'un CDD en CDI.

¹¹⁷⁰ V. par ex. CJUE, 5 mars 2020, aff. C-679/18, *Dalloz actualité* 22 avril 2020, obs. J.-D. Pellier, relative à l'examen d'office de la violation par le prêteur de son obligation précontractuelle d'évaluation de la solvabilité du consommateur.

¹¹⁷¹ Civ. 1^{re}, 28 juin 2005, n° 00-15.734.

¹¹⁷² Civ. 1^{re}, 19 février 2014, n° 12-23.519, *Gaz. Pal.* 25-27 mai 2014, p. 38, obs. L. Mayer (application d'office des règles relatives à la garantie légale de conformité) ; Ch. mixte, 7 juillet 2017, n° 15-25.651, *JCP G* 2017, 1355, obs. R. Libchaber (application d'office des règles relative aux produits défectueux) ; Civ. 2^e, 5 juillet 2018, n° 17-19.738, *Gaz. Pal.* 27 novembre 2018, p. 66, obs. L. Mayer ; *D.* 2019, p. 1196, obs. M. Bacache (application d'office des règles de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation).

devraient pas avoir la faculté de l'écartier en ne l'invoquant pas à l'appui de leur demande. L'effectivité de la règle d'ordre public suppose que le juge ait le devoir de relever d'office son application »¹¹⁷³.

679. Lorsque le juge décide de relever d'office un moyen de droit applicable au litige, ses mains ne sont pas totalement libres. D'abord, il doit respecter le principe du contradictoire qui est l'un des principes directeurs du procès : le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations » (art. 16, al. 3 C. pr. civ.)¹¹⁷⁴. En pratique, il s'agit d'organiser entre les parties un débat quant à l'application d'office de la règle envisagée, un tel débat pouvant prendre la forme orale lors de l'audience. Dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée, ce débat serait l'occasion pour les parties d'insister soit sur l'intérêt que le créancier nourrit pour la sanction, soit sur le coût qu'elle engendre pour le débiteur. Ensuite, le juge est contraint par le principe dispositif que posent les articles 4 et 5 du Code de procédure civile : le juge ne peut modifier l'objet du litige tel que fixé par les parties et, partant, amender le résultat initialement recherché par elles.

680. En définitive, si le juge peut relever d'office une règle de droit applicable, il n'a pas en principe le devoir de le faire. Partant, si le juge du fond omet de relever d'office une règle de droit pourtant applicable au litige, les parties ne peuvent obtenir de la Cour de cassation la censure de la décision. Même si cette solution fait l'objet de critiques, il s'agit désormais de l'appliquer au sujet de la présente étude, à savoir la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

2) La faculté de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée

681. Simple possibilité de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée : absence de commandement formel.- Les précédents

¹¹⁷³ M. Bacache, obs. sous Civ. 2^e, 5 juillet 2018, n° 17-19.738, préc. *Contra* F. Eudier, « Ordre public substantiel et office du juge : l'application d'office de la loi du 5 juillet 1985 », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS, 2021, p. 351.

¹¹⁷⁴ Sur la mise en œuvre de la règle, v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, op. cit., n° 891 et s., p. 670 et s.

développements ont mis en évidence qu'en principe le juge avait simplement la faculté de relever d'office un moyen de droit ; il est contraint de le faire seulement dans certains cas particuliers. Parmi ces cas particuliers, il est celui du commandement formel adressé au juge de relever d'office le moyen de droit applicable omis par les parties. C'est le législateur qui formule ce commandement à l'endroit du juge. À titre d'illustration, l'article R. 632-1 du Code de la consommation dispose que « [l]e juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application » (al. 1^{er}) avant de préciser « [qu'i]l écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat » (al. 2nd). En d'autres occasions, le législateur n'intime pas au juge de relever d'office le moyen de droit mais l'incite à le faire, par exemple l'article 1231-5 du Code civil prévoit que « le juge *peut, même d'office*, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire » (al. 2) (nous soulignons). Cette disposition, même si elle vise spécifiquement la technique du relevé d'office, ne déroge pas au principe dégagé plus tôt : le juge a seulement un pouvoir et non pas un devoir de relever d'office le caractère excessif ou dérisoire de la clause pénale.

682. L'article 1221 du Code civil ne fournit aucune indication relative au relevé d'office du moyen tiré de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Il faut donc en déduire que les juges du fond ont la possibilité – mais non pas l'obligation – d'opérer d'office le contrôle de la sanction visé par le texte. Le respect du principe du contradictoire requiert toutefois que le juge associe les parties à son initiative, ce qui semble aller de soi car il est difficilement envisageable qu'un juge puisse avoir accès spontanément à l'intérêt ou au coût de l'exécution forcée demandée par le créancier.

683. Simple possibilité de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée : absence du caractère d'ordre public.- Le juge peut être contraint de relever d'office un moyen de droit lorsque le législateur le lui impose, mais aussi lorsque la règle en cause est d'ordre public¹¹⁷⁵. Ce dernier cadre pourrait-il pousser le juge à relever d'office le moyen tiré de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ?

¹¹⁷⁵ V. *supra* n° 678.

684. L'idée doit être discutée car une doctrine majoritaire considère que le contrôle de l'exécution forcée est d'ordre public. Ce caractère est essentiellement proclamé dans la mesure où le contrôle serait une déclinaison de l'abus de droit devant également être rapprochée de l'exigence de bonne foi, laquelle est consacrée à l'article 1104 du Code civil qui précise que « [c]ette disposition est d'ordre public ». Généralement, le prétendu caractère d'ordre public du contrôle de l'exécution forcée est mobilisé pour envisager – et *in fine* refuser – la possibilité de stipuler une clause relative à ce contrôle¹¹⁷⁶. Toutefois, ne faudrait-il pas également le convoquer pour admettre que le juge a un devoir de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? La proposition peut être rejetée de deux manières alternatives.

685. En premier lieu, dans une perspective quelque peu radicale, il est possible de contester le caractère d'ordre public du contrôle de l'exécution forcée en raison de son absence de lien avec l'exigence de bonne foi ou avec la théorie de l'abus de droit et, par là même, le devoir du juge de l'exercer d'office. Il sera vu plus tard dans la thèse en quoi le contrôle étudié n'est pas d'ordre public et qu'il est possible pour les parties d'y déroger par le biais d'une clause¹¹⁷⁷. Dès à présent, toutefois, il faut relever que l'absence de caractère d'ordre public signifie également que le juge n'a pas le devoir de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée ; il en a simplement la possibilité.

686. En second lieu, s'il s'agit de reconnaître le caractère d'ordre public du contrôle de l'exécution forcée, l'existence d'un devoir de relever d'office la disproportion manifeste de la sanction *in specie* n'est pas évidente. En effet, le caractère d'ordre public du contrôle repose essentiellement sur sa filiation avec la théorie de l'abus de droit et sa relation avec l'exigence de bonne foi, laquelle est d'ordre public selon le législateur. Un auteur a montré en quoi qualifier d'ordre public la bonne foi à l'article 1104 du Code civil pouvait, de manière générale, constituer une « bombe contractuelle »¹¹⁷⁸ : les juges seraient contraints de relever d'office les très nombreux moyens s'appuyant plus ou moins sur elle. Même s'il fait preuve de précaution, et qu'il ne s'avance pas sur les orientations que suivront les juges, l'auteur néglige néanmoins un aspect important de l'exigence de bonne

¹¹⁷⁶ V. *infra* n° 777.

¹¹⁷⁷ V. *infra* n° 771.

¹¹⁷⁸ N. Balat, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p. 2099.

foi : le fait qu'elle soit systématiquement présumée selon l'article 2268 du Code civil, lequel dépasse le cadre de l'usucapion, signifie que le juge ne peut en principe la relever d'office¹¹⁷⁹. La solution, classique, pourrait donc venir limiter la portée du caractère d'ordre public de l'exigence de bonne foi de l'article 1104 du Code civil : ce caractère supposerait que les parties ne peuvent y déroger, mais il n'imposerait pas au juge d'appliquer d'office les dispositions qui sont rattachées à cette exigence. Au contraire, ce même juge serait dans l'incapacité de relever d'office le moyen tiré de la méconnaissance de l'exigence de bonne foi et il pourrait en aller autrement seulement si une disposition l'autorise ou le force à le faire¹¹⁸⁰. Que faut-il retirer des précédents développements quant au contrôle de l'exécution forcée ? Si tant est qu'il soit d'ordre public et que ce caractère repose sur l'exigence de bonne foi, le juge serait dans l'incapacité de l'exercer d'office et il faudra nécessairement qu'une partie, par hypothèse le débiteur, se saisisse de cette défense au fond. Partant, pour qui retient une conception morale – et non économique – du contrôle de l'article 1221 du Code civil, le juge ne peut relever d'office cette exception au droit à l'exécution forcée.

687. Conclusion.- En définitive, les juges du fond ont la faculté de surmonter l'inertie du débiteur qui n'aurait pas demandé qu'un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée soit réalisé. Même si une conception morale du contrôle était retenue, ce qui n'est pas la position défendue dans la présente thèse, le juge n'aurait pas le devoir de le faire ; il serait plutôt dans l'incapacité d'exercer d'office le contrôle. L'application d'office de l'exception envisagée par l'article 1221 du Code civil ne peut pas, toutefois, se faire dans l'irrespect des principes directeurs du procès comme le principe du contradictoire et le principe dispositif.

688. Conclusion du paragraphe.- S'il est évident que la nouvelle exception à l'exécution forcée intéresse les juges, il faut préciser le propos. C'est le juge du fond qui a la charge de l'application du contrôle de l'article 1221 du Code civil, le juge du provisoire comme celui du droit n'ayant pas la capacité de l'opérer directement. Ces deux derniers contrebalancent cette incapacité par des ressources qui leurs sont propres, essentiellement afin de maintenir une forme d'effectivité du contrôle mené par le juge du fond. Au-delà de

¹¹⁷⁹ V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 juin 1995, n° 93-04.208.

¹¹⁸⁰ V. par ex. art. R. 632-1 C. conso. qui dispose que « [l]e juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application », ce qui justifie que le juge puisse apprécier d'office la bonne ou la mauvaise foi du débiteur surendetté visé par les dispositions du Code de la consommation.

l'identification du juge qui applique le contrôle de l'article 1221 du Code civil, il faut déterminer dans quelle mesure il l'est. Or, en application des règles procédurales, le juge du fond a la faculté de relever d'office le moyen tiré de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

689. Conclusion de la section.- Le rapport de proportionnalité évoqué à l'article 1221 du Code civil est accompagné de nombreuses questions d'ordre procédural. Quant à la preuve de la disproportion manifeste, il importe de savoir laquelle des parties doit établir son existence et comment elle peut le faire. En l'occurrence, il revient assurément au débiteur de convaincre le juge que l'exécution forcée est manifestement disproportionnée pour bénéficier de l'exception. Pour ce faire, il bénéficie d'une liberté probatoire qui risque toutefois de se cristalliser autour du recours fréquent, si ce n'est systématique, aux mesures d'instruction exécutées par des techniciens. D'autres interrogations pratiques intéressent plus directement le juge. En effet, il importe de déterminer quel juge – juge du fond, du provisoire ou du droit – a la responsabilité de caractériser la disproportion manifeste de l'exécution forcée, et si le juge en question doit faire une application d'office du pouvoir judiciaire conféré par l'article 1221 du Code civil. Les règles de la procédure civile indiquent que seul le juge du fond peut caractériser la disproportion manifeste de l'exécution forcée au sens du texte précité et qu'il a une simple faculté de relever d'office cette exception au droit à l'exécution forcée.

690. Conclusion du chapitre.- Les développements qui précèdent mettent en lumière le fait que l'étude du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil ne s'épuise pas dans l'analyse de ses termes. Le rapport de proportionnalité en lui-même mérite une étude spécifique, de nature à révéler de nombreux enjeux pratiques.

691. Le premier de ces enjeux est d'ordre substantiel puisqu'il s'agit du seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Dans le silence de l'article 1221 du Code civil, il revient au juge d'en fixer un qui est propre à chaque espèce, en examinant certains éléments du litige. S'il est tentant de conférer un poids à certains éléments qui renverraient à une approche morale du contrôle de l'exécution forcée, notamment la confiance légitime qui existe entre les parties, il faut combattre cette tentation. Seuls des éléments compatibles avec l'esprit de l'exception, laquelle correspond à une approche économique du contrôle

sans trop sacrifier le droit à l'exécution forcée, sont recevables. Or, il est un élément qui correspond à cet esprit et qui doit donc être retenu : l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Ainsi, plus cet intérêt est important dans l'absolu, plus le seuil de la disproportion manifeste doit être considéré comme élevé par le juge.

692. Le second de ces enjeux est davantage procédural et renvoie au cadre dans lequel la disproportion manifeste de l'exécution forcée est discutée. Divers aspects du contexte procédural de l'exception concernent en premier lieu les parties qui doivent prouver l'existence – ou l'inexistence – de la disproportion manifeste. Il apparaît alors que le risque de la preuve de cette disproportion repose sur le débiteur qui entend échapper à l'exécution forcée, même s'il n'est pas attendu du créancier ou du juge une attitude passive dans l'administration de la preuve. Cette administration est d'ailleurs libre car la disproportion manifeste de l'exécution forcée est un fait juridique. Cette liberté risque en pratique d'être quelque peu tempérée par la cristallisation de la démarche probatoire autour des mesures d'instructions que peuvent réaliser des techniciens. D'autres aspects du contexte procédural intéressent davantage celui qui a la charge de dire s'il y a disproportion manifeste de l'exécution forcée : le juge. Il semble que seul le juge du fond, et non pas le juge du provisoire ou du droit, supporte la responsabilité de la caractérisation de la disproportion manifeste. Il peut même décider de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée, sans que cela ne soit une obligation pour lui.

693. Conclusion du titre.- La nouvelle exception au droit à l'exécution forcée repose sur la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Avant la réforme du droit des contrats, cette opération ne présentait aucun intérêt au regard de la primauté absolue reconnue à l'exécution forcée. L'article 1221 du Code civil, consacrant la nouvelle exception, a fait naître un besoin de compréhension qui est mieux satisfait en adoptant au départ une approche statique.

694. L'approche statique du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil requiert d'explicitier les termes de ce rapport, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et le coût de la sanction pour le débiteur. Le premier de ces termes renvoie à tous les avantages que le créancier associe au fait d'obtenir la prestation promise dans le contrat, ces avantages devant faire l'objet d'une identification et d'une valorisation monétaire. Le

second de ces termes correspond au seul montant nécessaire pour que le débiteur corrige l'inexécution intervenue en premier lieu. Il apparaît clairement une divergence entre la situation du créancier, envisagée subjectivement, et celle du débiteur, envisagée objectivement. La faveur pour le créancier est pleinement justifiée par le fait qu'il est la victime d'une inexécution de la part du débiteur et qu'il dispose d'un droit à l'exécution forcée de l'obligation. Autrement dit, la différence de traitement trouve sa raison dans le statut d'exception du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

695. L'approche statique du rapport de proportionnalité proposé par l'article 1221 du Code civil nécessite également que ce rapport fasse lui-même l'objet d'une étude particulière. Il faut ainsi que le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, aspect substantiel du rapport de proportionnalité, soit précisé. Le silence du texte quant à ce seuil de la disproportion manifeste ne peut être rompu et il revient au juge, dans chaque espèce, d'identifier un seuil particulier. Pour ce faire, il peut prendre en considération l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée afin d'admettre que plus cet intérêt est important, plus le seuil de la disproportion manifeste est élevé. Au-delà de la question du seuil à partir duquel l'exécution forcée sera rejetée, il est d'autres questions qui ont trait à la dimension procédurale du contrôle. Quant à la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, sujet qui intéresse au premier chef les parties, c'est au débiteur de prouver l'existence de cette disproportion manifeste en mobilisant tous les éléments de preuve à sa disposition. Quant à la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, c'est au juge du fond de s'en charger et non pas au juge du provisoire ou du droit. Si le débiteur ne soulève pas le moyen tiré de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le juge a la faculté – mais non pas le devoir – de relever d'office ce moyen de droit s'il est applicable en l'espèce.

696. Bien que l'approche statique de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée fournisse de précieuses informations sur la mise en œuvre de la nouvelle exception, d'autres questions restent à traiter. Ces questions apparaissent lorsque l'opération confiée au juge n'est plus envisagée de manière isolée, mais replacée dans un environnement plus complexe. En d'autres termes, à l'approche statique doit succéder une approche dynamique.

TITRE II

L'APPROCHE DYNAMIQUE DE LA CARACTERISATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

697. Appliquant la méthode dégagée dans le précédent titre de la thèse, le juge est amené à identifier et mesurer l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ainsi que le coût de la sanction pour le débiteur, avant de les confronter pour déterminer s'il y a dépassement du seuil de la disproportion manifeste. Toutefois, cette caractérisation de la disproportion manifeste doit désormais être replacée dans l'environnement au sein duquel le juge mène sa mission. Or cet environnement est tantôt synonyme de *perturbation* du contrôle, tantôt synonyme de *protection* du contrôle. En effet, il est des éléments perturbateurs susceptibles de compliquer encore davantage l'analyse menée par le juge en première intention : alors qu'il pensait rejeter l'exécution forcée, ce juge se trouve contraint de l'accorder ; alors qu'il envisageait de prononcer cette sanction, il est finalement amené à la refuser. Au-delà, l'environnement de l'exception fournit des éléments protecteurs de l'issue du contrôle de l'exécution forcée, lorsque la sanction est rejetée, ces éléments étant à trouver parmi les autres sanctions de l'inexécution du contrat puisqu'elles ne doivent pas menacer la conclusion du contrôle de l'article 1221 du Code civil. En fin de compte, l'approche dynamique de la caractérisation de la disproportion manifeste suppose d'envisager successivement la perturbation (**Chapitre 1**) et la protection (**Chapitre 2**) du contrôle.

CHAPITRE 1 : LA PERTURBATION DU CONTROLE

698. L'environnement dans lequel le juge mène le contrôle de l'exécution forcée est susceptible de contenir divers éléments le perturbant, dans son principe comme dans ses modalités. Il s'agit donc d'identifier les éléments perturbateurs que le juge aura à considérer pour que son contrôle soit complet, certains d'entre eux l'obligeant à reprendre le travail fourni en première intention. A l'analyse, il apparaît que ces éléments trouvent leur siège dans la loi (**Section 1**) et les parties (**Section 2**).

SECTION 1 : PAR LA LOI

699. Lorsqu'il procède au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le juge exerce un pouvoir que lui confie l'article 1221 du Code civil. Ce sceau légal dispense-t-il pour autant le même juge de considérer d'autres dispositions sises dans le Code civil ou au-delà ? La réponse négative s'impose forcément. Le contrôle de l'exécution forcée ne peut se revendiquer d'une quelconque supériorité par rapport à d'autres normes légales. Bien au contraire, la nouvelle exception évoquée à l'article 1221 du Code civil doit s'envisager en accord avec ces autres normes, de sorte que des aménagements du régime du contrôle de l'exécution forcée peuvent intervenir. Assurément, il n'est guère possible de considérer tous les points de contact entre l'article 1221 du Code civil et d'autres règles légales relevant du droit commun (§1) ou du droit spécial (§2). Il s'agit plutôt d'identifier, à travers les exemples les plus porteurs, une méthode permettant de déterminer si un aménagement de son régime doit être réalisé.

§1 LE DROIT COMMUN DES CONTRATS

700. L'article 1221 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats, a consacré le droit à l'exécution forcée du créancier tout en confiant au juge un droit de regard relatif sur l'exercice de ce droit. Assurément, il existe des points de contact entre ce texte et d'autres dispositions issues de la même réforme composant le droit commun des contrats.

Néanmoins, tous ces points de contact n'ont pas à être particulièrement envisagés ici. Certains n'ont pas à l'être car ils ne font pas naître un risque de conflit dont la résolution serait délicate. Il en va ainsi du rapprochement des articles 1221 et 1341 du Code civil : le dernier texte, à classer dans le régime général des obligations, précise que « [l]e créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur *dans les conditions prévues par la loi* » (nous soulignons), ce qui n'est qu'une manière de renvoyer, pour la matière contractuelle, à l'article 1221 du Code civil et évacue donc tout risque de conflit entre les dispositions précitées. D'autres points de contact seront, quant à eux, envisagés plus tard car ils renvoient à un conflit particulier qui n'a pas trait à la démarche du juge cherchant à caractériser la disproportion manifeste : il s'agit des éventuels conflits entre l'article 1221 du Code civil et les dispositions relatives aux autres sanctions de l'inexécution du contrat, lesquels concernent les suites de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et non la caractérisation en elle-même¹¹⁸¹. En définitive, il convient de concentrer l'attention sur les hypothèses dans lesquelles le jeu du contrôle de l'exécution forcée constitue un risque de contournement d'une autre règle du droit commun afin de poser la question de la prise en compte de ce risque dans le régime du contrôle. Pour identifier ces hypothèses, il s'agit de partir de la conséquence pratique du contrôle de l'exécution forcée – échapper à la réalisation d'une prestation en raison de son coût important – et de voir si certaines dispositions du droit commun des contrats traitent d'une problématique similaire. Un panorama permet d'identifier deux textes qui correspondent à ceux recherchés : l'article 1168 du Code civil relatif à la validité des contrats lésionnaires *ab initio* (**A**) et l'article 1195 du Code civil évoquant la révision pour imprévision (**B**). Pour chacun d'eux, il faut déterminer s'il est nécessaire d'amender le régime du contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil au stade de la caractérisation de la disproportion manifeste.

¹¹⁸¹ V. *infra* n° 869 et s. Il sera vu qu'il faut traiter ces conflits dans le sens d'une protection de la conclusion dégagée par les juges sur le terrain de l'article 1221 du Code civil.

A) LA DISPROPORTION MANIFESTE DE L'EXECUTION FORCEE ET LA VALIDITE DES
CONTRATS LESIONNAIRES AB INITIO

701. Le contrôle de l'article 1221 du Code civil permet au débiteur d'échapper à l'exécution forcée s'il existe une disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction. Une fois posée cette exception au fait de fournir la prestation convenue, il est possible de deviner un risque de conflit avec le principe de validité des contrats lésionnaires *ab initio*. Il convient d'envisager successivement la probabilité du conflit (1) et sa résolution (2).

1) La probabilité du conflit

702. Principe de validité des contrats lésionnaires *ab initio* et exclusion des outils permettant la remise en cause des engagements lésionnaires.- La question des contrats lésionnaires a déjà été abordée pour illustrer le fait qu'un contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité peut faire appel à un seuil fixe déterminé par le législateur¹¹⁸². Ce contrôle était alors mobilisé comme une exception particulière au principe de validité des contrats lésionnaires *ab initio*, principe qu'il s'agit désormais d'envisager. En tant que telle, « la lésion est un préjudice subi par un contractant du fait d'un défaut d'équivalence »¹¹⁸³ ou encore, pour Josserand, elle « réside essentiellement dans un défaut d'équilibre de l'opération »¹¹⁸⁴. Quelle conséquence attacher à ce défaut d'équilibre ? L'ancien article 1118 du Code civil adoptait un principe de validité des accords lésionnaires que la réforme du droit des contrats a explicité à l'article 1168 du même Code : « [d]ans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Les raisons de cette validité de principe des actes lésionnaires ont été identifiées par la doctrine qui fait reposer cette solution sur le principe de l'autonomie de la volonté, « le danger de la lésion [étant] la rançon de la liberté »¹¹⁸⁵, ou encore sur l'exigence de sécurité juridique. La jurisprudence, quant à elle, n'a pas remis en cause le principe structurant de l'indifférence de la

¹¹⁸² V. *supra* n° 122.

¹¹⁸³ G. Chantepie, *La lésion, op. cit.*, n° 6, p. 4.

¹¹⁸⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, n° 101 bis, p. 57.

¹¹⁸⁵ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, n° 63, p. 110.

disproportion des prestations contractuelles. Le principe est qualifié de *structurant* car il rayonne sur d'autres mécanismes envisagés par le Code civil qui participent donc de son efficacité¹¹⁸⁶. Il suffit de penser à l'indifférence de l'erreur sur la valeur de l'article 1136 du Code civil, à l'exclusion de la valeur de la prestation du champ de l'obligation d'information précontractuelle par l'article 1112-1 alinéa 1^{er} du Code civil ou de celui de la réticence dolosive par l'article 1137 alinéa 3 du Code civil. Dans le même sens, quoique plus objectivement, le second alinéa de l'article 1171 du Code civil précise que dans les contrats d'adhésion, « [l']appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Les règles évoquées visent à ne pas fournir à l'une des parties au contrat un moyen pour sortir de l'engagement qu'elle jugerait lésionnaire à son égard. Or, il n'est pas exclu que le contrôle de l'exécution forcée puisse être envisagé par certains comme une porte de sortie d'un engagement lésionnaire.

703. Hypothèse du conflit entre la disproportion manifeste de l'exécution forcée et le principe de validité des contrats lésionnaires.- Le contrôle de l'article 1221 du Code civil permet au débiteur d'échapper à l'exécution forcée de l'obligation et l'autorise donc à ne pas réaliser la prestation promise. Partant, ce contrôle peut *a priori* constituer pour le débiteur engagé dans un contrat lésionnaire un outil pour échapper à une opération déséquilibrée alors même qu'il s'expose, malgré tout, à d'autres sanctions de l'inexécution¹¹⁸⁷.

704. L'hypothèse mérité d'être illustrée à partir d'un exemple chiffré. Dans un contrat conclu entre (A) et (B) et portant sur la construction d'une piscine, chacune des parties doit exécuter des obligations : (B) doit construire la piscine et (A) doit en payer le prix. Alors que le contrat stipule un prix de (25), la piscine a des caractéristiques qui laissent penser qu'elle a une valeur de (500). Le contrat examiné est donc lésionnaire à l'égard de (B) puisqu'il existe un déséquilibre entre les valeurs de la prestation qu'il reçoit (25) et celle qu'il doit fournir (500). Si le jeu de l'article 1168 du Code civil fait que (B) ne peut exiger du juge la nullité ou la rescision de l'acte lésionnaire, il est susceptible de chercher quelque secours auprès de l'article 1221 du Code civil. En effet, en cas d'inexécution de

¹¹⁸⁶ En ce sens, v. not. G. Chantepie, V° « Lésion », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, spéc. p. 709.

¹¹⁸⁷ V. *infra* n° 869 et s. L'autre sanction choisie sera par hypothèse moins coûteuse que l'exécution forcée pour le débiteur, sinon celui-ci n'aurait pas excipé de son coût manifestement disproportionné.

son obligation, il pourrait essayer d’exciper du caractère manifestement disproportionné de l’exécution forcée en adoptant le raisonnement suivant : puisque le coût de la sanction pour le débiteur est de (500) et que l’intérêt du créancier pour la sanction *in specie* est de (25), alors le premier terme serait vingt fois supérieur au second, ce qui peut *a priori* caractériser une disproportion manifeste.

705. En vérité, le raisonnement qui précède est trop simpliste et la probabilité d’un conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil est extrêmement restreinte. Certes, le coût de l’exécution forcée pour le débiteur peut se rapprocher de la valeur de la prestation promise car ce coût correspond à la somme d’argent nécessaire pour réaliser la prestation et, ici, il n’est pas nécessairement question de l’ajout d’étapes supplémentaires à la bonne exécution de l’obligation ou encore à l’augmentation du coût d’un élément nécessaire à cette bonne exécution¹¹⁸⁸. Si le contrat entre (A) et (B) porte sur la construction d’une piscine d’une valeur de (500) au regard de ses caractéristiques, alors le coût pour construire la piscine sera approximativement de (500). Il y a ici une correspondance relative entre les deux en raison de l’approche objective de ce terme du rapport de proportionnalité¹¹⁸⁹. En revanche, il n’est guère possible d’admettre que l’intérêt du créancier corresponde au prix stipulé dans le contrat, soit (25). En effet, l’intérêt du créancier renvoie à tous les avantages directs ou indirects qu’il associe au fait d’obtenir la prestation promise¹¹⁹⁰. Or, s’il est demandé au créancier de présenter les raisons qui le poussent à obtenir la construction d’une piscine, il ne va pas se référer au prix convenu. Bien plutôt, il répondra *a minima* que l’avantage recherché est le fait de bénéficier d’une piscine avec les caractéristiques convenues. Peut-être que le créancier visera également certains avantages indirects comme le fait de louer son habitation avec des prestations plus haut de gamme. Or, ces avantages directs et indirects feront l’objet d’une valorisation monétaire qui ne sera pas liée au prix stipulé dans le contrat. En cas d’inexécution totale de l’obligation de construire la piscine, cette valorisation monétaire aboutira sans aucun doute à un résultat de (500) correspondant à la valeur de l’avantage directement recherché – la piscine avec les caractéristiques convenues – auquel il faudra ajouter la valorisation des éventuels avantages indirects de la prestation promise. Partant, l’intérêt du créancier pour l’exécution forcée risque bien de

¹¹⁸⁸ V. *supra* n° 588 et s.

¹¹⁸⁹ V. *supra* n° 583 et s.

¹¹⁹⁰ V. *supra* n° 491 et s.

dépasser le coût de la sanction, de sorte que nulle disproportion manifeste ne saurait être caractérisée ici.

706. Par ailleurs, il faut relever un autre élément déterminant qui pourrait empêcher un contournement du principe posé par l'article 1168 du Code civil par la mobilisation de l'article 1221 du Code civil : la condition de bonne foi du débiteur. Comme il sera vu plus tard¹¹⁹¹, le débiteur doit être considéré de bonne foi lorsque l'inexécution qui lui est reprochée n'est pas consciente. A l'inverse le débiteur est de mauvaise foi – et ne peut donc pas exciper du coût manifestement disproportionné de l'exécution forcée – si l'inexécution commise est intentionnelle, délibérée. Par conséquent, le risque de contournement de l'article 1168 du Code civil s'en trouve réduit : le débiteur qui estime qu'il est engagé dans un contrat lésionnaire ne peut pas volontairement méconnaître son engagement et invoquer le contrôle de la sanction *in specie* pour essayer de se dispenser de la prestation promise.

707. En définitive, la probabilité d'un conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil est plus que faible. Ce n'est qu'exceptionnellement que le débiteur d'une obligation, dans un acte lésionnaire, pourra échapper à la réalisation de la prestation promise en invoquant le coût manifestement disproportionné de l'exécution forcée. Pour ce faire, il faudrait que deux conditions cumulatives soient réunies : d'une part, que l'inexécution reprochée au débiteur ne soit pas intentionnelle, ou que le créancier soit dans l'incapacité de prouver son caractère intentionnel, et, d'autre part, que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée se trouve décorrélé de la valeur de la prestation de sorte qu'une disproportion manifeste existerait entre le coût et l'intérêt de la sanction. Au vrai, le contournement du principe de validité des actes lésionnaires *ab initio* par le contrôle de l'exécution forcée n'est sans doute qu'un cas d'école. Le constat n'empêche pas de chercher la clé de résolution du potentiel conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil.

¹¹⁹¹ V. *infra* n° 826 et s.

2) La résolution du conflit

708. Absence de prise en compte du conflit dans le régime du contrôle de l'exécution forcée ?- Pour qu'intervienne le conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil, il faut que l'inexécution du contrat soit involontaire et que soit constatée une disproportion manifeste des intérêts existante à la conclusion du contrat et s'étant prolongée jusqu'au moment où la sanction est demandée. Les enseignements économiques suggèrent qu'il ne faut pas discriminer ici : le gaspillage des ressources doit être évité, peu importe que ce gaspillage trouve ses racines dans la conclusion du contrat. Il s'agit, une nouvelle fois, de ne pas favoriser l'exécution d'un engagement qui serait inefficace, peu importe que cette inefficacité apparaisse à l'origine du contrat ou bien plus tard. Plus radicalement, certains auteurs anglais ont plaidé pour une restriction de l'exception de *hardship*, relatif équivalent fonctionnel au contrôle de l'article 1221 du Code civil, aux seules hypothèses où la disproportion des intérêts existait dès la conclusion du contrat¹¹⁹². En somme, le débiteur partie à un contrat lésionnaire pourrait se plaindre de la disproportion des prestations au moment de l'exécution forcée de l'accord. Le régime du contrôle de l'exécution forcée ne devrait donc pas être amendé pour éviter le conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil.

709. Prise en compte du conflit dans le régime du contrôle de l'exécution forcée.- S'il paraît possible d'ignorer le conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil, il est préférable de le prendre en compte et d'amender le régime du contrôle de l'exécution forcée. Ainsi, le débiteur de bonne foi ne pourrait exciper d'une disproportion manifeste de l'exécution forcée si cette dernière repose sur un déséquilibre déjà existant au moment de la conclusion du contrat. La solution peut d'abord s'expliquer par le fait que l'article 1168 du Code civil est porteur d'un principe structurant, susceptible de substantiellement rayonner sur d'autres mécanismes afin qu'il ne soit pas violé. Ensuite, et surtout, la prise en compte du conflit permet d'éviter un détournement de l'esprit de l'exception de l'article 1221 du Code civil. Plusieurs auteurs ont insisté sur le besoin d'éviter l'instrumentalisation par le juge du contrôle de l'exécution forcée : « [l]e point important est qu'il n'appartient pas au juge saisi d'une demande de sanction de l'inexécution *d'apprécier rétrospectivement l'équilibre économique du contrat*. Ce qui doit être pris en

¹¹⁹² E. Fry, *A Treatise on Specific Performance of Contracts*, *op. cit.*, n° 418, p. 209.

compte, [ce n'est pas] le fait que l'exécution forcée aurait pour conséquence de donner effet à un contrat très avantageux pour le créancier »¹¹⁹³. En effet, la nouvelle exception à la sanction *in specie* a été pensée pour éviter de faire supporter au débiteur une dépense excessive au regard de l'intérêt du créancier pour cette sanction, excès qui est susceptible d'apparaître en raison du manque d'anticipation du coût de la sanction. C'est la piscine qui doit être détruite puis reconstruite en raison d'une malfaçon de l'ouvrage construit en première intention. Lorsque l'acte est lésionnaire *ab initio*, il est difficile d'admettre un défaut d'anticipation du déséquilibre entre les intérêts des parties au contrat au stade de l'inexécution. En somme, si le contrôle de l'exécution forcée a bien été pensé pour traiter une situation de déséquilibre, il ne s'agit pas de la situation du déséquilibre existant au moment de la formation du contrat. Dès lors, le juge doit faire attention à ce que la disproportion manifeste dont se prévaut le débiteur n'existait pas au moment de la conclusion du contrat ; si c'est le cas, le juge doit refuser de mettre en œuvre le contrôle de l'article 1221 du Code civil.

710. Conclusion.- Le risque d'un conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil est extrêmement minime au regard des conditions de mise en œuvre de l'exception au droit à l'exécution forcée. Toutefois, si ce conflit venait à être rencontré, il est préférable de faire prévaloir le principe de validité des actes lésionnaires porté par l'article 1168 du Code civil : le débiteur ne peut se prévaloir d'un déséquilibre qui existait déjà au moment de la conclusion du contrat¹¹⁹⁴. Cette exclusion se justifie : il faut éviter le contournement du principe de validité des actes lésionnaires et le détournement de la fonction du contrôle de l'exécution forcée.

¹¹⁹³ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 549 et s. (nous soulignons).

¹¹⁹⁴ En ce sens, v. égal. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 780, p. 871.

B) LA DISPROPORTION MANIFESTE DE L'EXECUTION FORCEE ET LA REVISION POUR IMPREVISION

711. Si la disproportion manifeste de l'exécution forcée est caractérisée, alors le débiteur n'a pas à fournir la prestation convenue dans le contrat. Un risque de conflit se fait jour entre les articles 1221 et 1195 du Code civil, ce dernier autorisant la révision du contrat pour imprévision dans des conditions particulières¹¹⁹⁵. Une nouvelle fois, il importe d'examiner la probabilité du conflit (1) avant de s'essayer à sa résolution (2).

1) La probabilité du conflit

712. La révision pour imprévision : une atteinte à la force obligatoire des conventions soumise à diverses conditions.- La question de la révision pour imprévision a déjà été abordée afin d'illustrer la possible atteinte à la force obligatoire des conventions en droit français¹¹⁹⁶. Cette possibilité est récente : c'est l'article 1195 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats, qui autorise pour la première fois le juge à réviser l'accord dont l'économie a été bouleversée par un événement imprévisible. Le texte fournit aux parties ainsi qu'au juge un véritable « processus »¹¹⁹⁷ à suivre pour traiter une situation d'imprévision, même si de nombreuses questions relatives à la mise en œuvre du texte restent en suspens¹¹⁹⁸.

713. Le texte indique en premier lieu les trois conditions cumulatives pour que soit reconnue l'existence d'une situation d'imprévision. D'abord, la révision du contrat pour imprévision suppose « un changement de circonstances imprévisible », ce dernier caractère s'appréciant objectivement au moment de la conclusion du contrat et devant présenter une certaine extériorité par rapport au débiteur. Par exemple, est susceptible de constituer un changement de circonstances imprévisible, l'épuisement généralisé et

¹¹⁹⁵ V. déjà O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 551.

¹¹⁹⁶ V. *supra* n° 239.

¹¹⁹⁷ N. Balat, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le “formalisme méthodique” », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895.

¹¹⁹⁸ V. ainsi Th. Genicon, V° « Imprévision », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, op. cit., n° 154, p. 650 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit., n° 125.50 et s., p. 114 et s.

soudain d'une ressource naturelle nécessaire à la bonne exécution du contrat qui, au moment de la conclusion de ce dernier, était abondante de sorte que nul ne pouvait prévoir sa disparition. Ensuite, le texte précise que le changement évoqué doit « rend[re] l'exécution excessivement onéreuse pour une partie », ce qui nécessite de constater objectivement, c'est-à-dire sans égard pour la situation patrimoniale des parties, un déséquilibre de valeur aberrant entre les prestations fournies. Si le précédent exemple est exploité, et que l'épuisement de la ressource naturelle entraîne une multiplication par (100) du coût de production qui était initialement de (30) quand l'autre partie au contrat devait payer la somme de (40), le changement de circonstances rendrait excessivement onéreuse la bonne exécution du contrat car le débiteur recevra (40) pour une prestation lui coûtant (3 000). Enfin, seule « une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque » peut évoquer les conséquences du changement de circonstances, une telle acceptation devant être recherchée soit explicitement dans la lettre du contrat, soit implicitement dans son économie. Si le même exemple est envisagé, la partie confrontée à l'augmentation du coût de production ne saurait s'en plaindre si elle s'est engagée, dans l'accord initial, à supporter le risque d'évolution d'un tel coût à cause d'une modification dans la disponibilité des ressources naturelles.

714. Le texte évoque en second lieu les conséquences de la situation d'imprévision, lesquelles se répartissent en deux temps : un temps extrajudiciaire et un temps judiciaire¹¹⁹⁹. Le temps extrajudiciaire, d'abord, s'inscrit dans la continuité des tempéraments prétoriens à la jurisprudence *Canal de Craponne* : tout en continuant l'exécution du contrat litigieux, une partie « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Si l'issue de cette renégociation peut consister dans l'adaptation du contrat par les parties souhaitant qu'il perdure, elle peut également être moins heureuse : les parties peuvent ainsi convenir de la résolution du contrat. Le temps judiciaire, ensuite, est provoqué soit par les deux parties, soit par l'une d'entre elles : face à l'échec de la renégociation, les deux parties peuvent confier au juge le soin de procéder à l'adaptation du contrat ; l'une des parties peut également saisir seule le juge pour qu'il décide de la sanction de la situation d'imprévision, cette sanction étant soit la résolution du contrat, soit sa révision. Le pouvoir de révision judiciaire, ainsi consacré, a fait naître nombre d'interrogations et de doutes chez la doctrine qui prédit une réticence des juges à utiliser ce

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

nouveau pouvoir et prescrit aux parties de s'en prémunir par des clauses écartant le jeu de l'article 1195 du Code civil.

715. En définitive, l'article 1195 du Code civil constitue bien une hypothèse d'atteinte à la force obligatoire du contrat qui pourrait bénéficier à une partie cherchant à ne plus exécuter l'obligation qui pèse pourtant sur elle. Toutefois, cette atteinte est soumise à diverses conditions qui laissent à penser que l'outil fourni par le texte ne sera pas aisément exploitable. Apparaît alors un risque de conflit entre le texte relatif à la révision pour imprévision et celui relatif à l'exécution forcée de l'obligation : puisque le contrôle de la sanction *in specie* aboutit à décharger le débiteur de la prestation promise, celui qui n'a pas la possibilité d'exploiter la révision pour imprévision peut être tenté de se tourner vers le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée¹²⁰⁰. Le contournement des conditions posées par l'article 1195 du Code civil est envisageable car un rapprochement est possible entre les conséquences de la révision pour imprévision et celles de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

716. Probabilité du conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil.- Un débiteur qui n'arriverait pas à satisfaire les conditions prévues à l'article 1195 du Code civil afin d'obtenir la révision du contrat pour imprévision peut-il mobiliser le contrôle de l'exécution forcée pour obtenir un résultat similaire ?

717. *A priori*, la probabilité d'un conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil n'est pas négligeable. En effet, s'il s'agit de sélectionner un chemin pour éviter de fournir la prestation promise dans le contrat en raison de son coût, celui du contrôle de l'exécution forcée pourrait paraître moins escarpé. Plus particulièrement, dans le cadre de l'article 1221 du Code civil, il n'est guère nécessaire d'établir l'existence d'un changement de circonstances imprévisible ou encore de démontrer que le risque de ce changement n'a pas été assumé par les parties. Il suffirait donc pour le débiteur qui n'est pas en mesure de bénéficier de la révision pour imprévision de se mettre en situation d'inexécution pour solliciter l'application du contrôle de l'article 1221 du Code civil et échapper à l'exécution d'une obligation devenue trop coûteuse à ses yeux.

¹²⁰⁰ Evoquant ce risque, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 780, p. 871.

718. La présentation qui précède est trop simpliste et doit être fortement nuancée. Au vrai, le chemin du contrôle de l'exécution forcée apparaît plus escarpé pour le débiteur pour deux raisons qui rendent peu probable le risque de conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil.

719. *La première raison est relative à la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.* Concrètement, il semble qu'une situation puisse plus aisément rentrer dans le cadre de l'excessive onérosité de l'exécution que dans celui de la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée¹²⁰¹. Un tel constat n'aurait pas pu être proposé au moment du projet d'ordonnance réformant le droit des contrats : la version d'alors du futur article 1221 du Code civil évoquait comme exception au droit à l'exécution forcée son « coût manifestement déraisonnable », formulation large qui autorisait un rapprochement certain avec l'excessive onérosité du texte consacré à la révision pour imprévision. La formulation finalement retenue de l'exception, autrement plus précise, conduit à relativiser tout rapprochement entre les situations visées par les articles 1195 et 1221 du Code civil. Assurément, il convient d'aller au-delà de la proximité terminologique entre les deux expressions qui renvoient en chœur à une logique économique. La distinction entre l'onérosité excessive et le coût manifestement disproportionné réside dans les termes rentrant dans l'analyse.

720. Concernant l'onérosité excessive de l'article 1195 du Code civil, il s'agit d'opérer un jeu de comparaison entre le coût de la prestation pour le débiteur tel qu'envisagé à la conclusion du contrat et le même coût à la suite de l'événement imprévisible. En tout état de cause, l'analyse reste centrée sur la seule situation du débiteur. Concernant la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée, l'analyse est plus complexe car il convient, cette fois-ci, de suivre une analyse dynamique entre les deux termes à comparer : l'intérêt et le coût de l'exécution forcée. La différence d'analyse a une conséquence assez nette : il est plus rare que des situations d'exécution forcée puissent être caractérisées de manifestement disproportionnées. La divergence peut être illustrée par l'exemple d'une raréfaction d'un élément nécessaire à la réalisation de la prestation du

¹²⁰¹ V. déjà, se posant la question à l'aune du droit allemand, S. Horn, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p. 333.

débiteur qui engendre une augmentation très importante du coût de cette prestation à son égard. Cette situation correspond à l'hypothèse de l'excessive onérosité de l'exécution car le coût de la prestation pour le débiteur devient très excessif. Néanmoins, il risque de ne pas y avoir une disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée puisque, nonobstant l'augmentation du coût pour le débiteur, il faut également compter sur une potentielle augmentation de l'intérêt du créancier pour cette sanction qui n'est pas réduit à la valeur stipulée dans le contrat. En effet, lorsque l'identification de ce terme du rapport de proportionnalité a été envisagée, il a été précisé que cet intérêt correspond aux avantages que le créancier associe directement ou indirectement au fait d'obtenir la prestation promise lorsque le juge est saisi¹²⁰², ces avantages faisant l'objet d'une valorisation monétaire. Cette définition rappelée, il est possible d'imaginer la difficulté du débiteur à établir la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans une situation qui ne rentre pas exactement dans le cadre de l'article 1195 du Code civil. D'abord, le débiteur pourra se voir opposer les avantages indirectement associés à la prestation que le créancier pouvait légitimement garder par devers lui au moment de la conclusion du contrat ; ces avantages indirects, une fois valorisés, peuvent faire drastiquement augmenter l'intérêt du créancier pour la sanction *in specie* et éloigner la probabilité de son rejet. Ensuite, et surtout, le débiteur pourra se voir opposer une augmentation de la valeur intrinsèque de la prestation qui est à rapprocher de l'augmentation de son coût pour lui. En cas de raréfaction d'un élément nécessaire à la bonne exécution du contrat, l'intérêt du créancier sera identifié en examinant la prestation telle que prévue par le contrat et valorisé en fonction de cette prestation, le tout au moment où le juge statue donc, par hypothèse, après l'augmentation du coût de la bonne exécution du contrat. Par exemple, si le créancier a demandé au débiteur, un ébéniste, la réalisation d'un bureau dans une essence particulière dont le cours s'envole, alors l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée correspondra au fait d'obtenir le bureau dans l'essence prévue et donc à sa valeur réelle après l'augmentation de son coût de fabrication.

721. Dans une situation d'imprévision – qui ne respecte pas les conditions de l'article 1195 du Code civil – il est ainsi très probable qu'il existe un intérêt du créancier pour l'exécution forcée qui soit corrélatif à l'augmentation du coût de la prestation pour le débiteur. Partant, ce débiteur ne pourra pas exciper avec succès le coût manifestement

¹²⁰² V. *supra* n° 491 et s.

disproportionné de l'exécution forcée au sens de l'article 1221 du Code civil. Il ressort de cet exemple que, toute autre condition égale par ailleurs, un débiteur peut se trouver dans l'hypothèse visée par l'article 1195 du Code civil sans être dans le cadre de celle envisagée par l'article 1221 du même Code. Ce constat fait, l'hypothèse de contournement du premier texte par le moyen du second s'éloigne.

722. *La seconde raison est relative à la condition de bonne foi du débiteur dans le cadre de l'article 1221 du Code civil.* À titre liminaire, il faut relever que la localisation différente des articles 1195 et 1221 du Code civil dans le « temps contractuel » ne doit pas être surestimée. Cette différence est rappelée par la place de ces textes dans le Code civil : alors que l'article 1195 se rapproche « [d]es effets du contrat entre les parties » et, plus particulièrement, de sa « force obligatoire », l'article 1221 a trait à « [l']inexécution du contrat ». Avec d'autres¹²⁰³, et même si l'article 1195 du Code civil exige du débiteur qu'il continue à exécuter le contrat, il est possible de soutenir que la survenance d'une inexécution ne devrait pas empêcher le débiteur de se prévaloir de la révision pour imprévision. Toutefois, si l'inexécution ne devrait pas faire échec à la révision pour imprévision, certaines inexécutions font échec au contrôle de l'exécution forcée. En effet, l'article 1221 du Code civil réserve le bénéfice de contrôle au débiteur de bonne foi et considère donc que le débiteur de mauvaise foi ne pourra pas s'en prévaloir. Il sera vu dans le détail que le débiteur de mauvaise foi est celui qui a intentionnellement manqué à son engagement contractuel¹²⁰⁴. Cette précision faite, la probabilité d'un conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil se trouve encore davantage réduite : le débiteur dans l'incapacité d'invoquer la révision pour imprévision, car il ne peut satisfaire les conditions posées par le texte, n'a pas la possibilité de contourner ces conditions en se mettant consciemment en situation d'inexécution pour réclamer l'application du contrôle de l'exécution forcée. Si le juge retient que l'inexécution est intentionnelle, alors il doit refuser de mettre en œuvre le contrôle de l'article 1221 du Code civil¹²⁰⁵.

¹²⁰³ V. not. Th. Genicon, *V*° « Imprévision », préc., spéc. p. 655.

¹²⁰⁴ V. *infra* n° 826 et s.

¹²⁰⁵ Les difficultés pour établir la mauvaise foi du débiteur dans le cadre de l'article 1221 du Code civil (v. *infra* n° 847 et s.) se retrouvent ici et pourraient laisser à penser que le contournement de l'article 1195 sera plus aisé que prévu et, corrélativement, que le risque de conflit avec l'article 1221 du Code civil est plus important. Toutefois, il faut noter que la faible probabilité du conflit ne repose pas seulement sur l'exclusion de l'inexécution intentionnelle ; elle repose également sur la difficulté à caractériser la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

723. En définitive, comme pour le principe de validité des contrats lésionnaires *ab initio*, la probabilité de conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil est faible. Cela s'explique par les termes du contrôle de l'exécution forcée et par son impossible mobilisation en cas d'inexécution intentionnelle du contrat. Le débiteur qui recherche à ne plus exécuter une prestation qu'il juge trop coûteuse voit donc dans le contrôle de l'exécution forcée un allié assez peu fiable. S'il existe une hypothèse de conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil, il ne peut s'agir que d'un cas d'école : d'une part, il conviendrait que l'inexécution reprochée au débiteur soit non-intentionnelle et, d'autre part, il faudrait que la prestation présente une physionomie telle que l'intérêt du créancier n'augmenterait pas corrélativement à l'augmentation du coût de la prestation. Il reste à voir si, une nouvelle fois, ce conflit peut être résolu.

2) La résolution du conflit

724. Absence d'amendement du régime du contrôle de l'exécution forcée : protection de l'esprit de l'exception.- Afin d'éviter un contournement du principe de validité des actes lésionnaires, il a été vu que le régime du contrôle de l'exécution forcée devait faire l'objet d'un amendement : le débiteur ne peut exciper d'un déséquilibre qui existait dès la conclusion du contrat¹²⁰⁶. La solution inverse aurait conduit à méconnaître l'esprit du contrôle de l'exécution forcée. Il s'agit donc de voir si une approche similaire peut être adoptée concernant la révision pour imprévision, afin d'éviter un contournement des conditions posées par l'article 1195 du Code civil. Cela supposerait de transposer certaines des conditions pour obtenir la révision pour imprévision, essentiellement celle tenant à l'imprévisibilité de l'événement entraînant le déséquilibre des prestations, au contrôle de l'exécution forcée. Le débiteur qui exciperait du coût manifestement disproportionné de l'exécution forcée devrait ainsi démontrer le caractère imprévisible de l'inexécution.

725. L'amendement envisagé au régime du contrôle de l'exécution forcée paraît impraticable et irait à l'encontre de l'esprit de l'exception. Il est impraticable car il nécessiterait que le débiteur établisse le caractère imprévisible de l'inexécution pour pouvoir bénéficier du contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil. Or

¹²⁰⁶ V. *supra* n° 701 et s.

l'inexécution du contrat en général est un risque qui est systématiquement prévisible par les contractants, certains d'entre eux étant plus conscients encore de ce risque puisqu'ils insèrent dans leurs accords des clauses relatives à ce sujet. De la même manière, exiger cette fois-ci que l'inexécution litigieuse ait été imprévisible ne semble guère possible. Au-delà, il serait difficile de réconcilier l'amendement envisagé avec l'esprit de l'exception qui ne subordonne pas la remise en cause de l'exécution forcée à une quelconque imprévisibilité de l'inexécution, ou encore, de son coût de correction. Certes, la disproportion manifeste du coût de la sanction par rapport à son intérêt suppose souvent un manque d'anticipation de ce coût par le débiteur¹²⁰⁷. Toutefois, elle ne peut être réduite à ce seul aspect.

726. Conclusion.- Le risque d'un conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil est plus que minime : le débiteur qui essaierait de se soustraire aux conditions de la révision pour imprévision risque de trouver une aide très incertaine dans le contrôle de l'exécution forcée. En effet, les conditions de mise en œuvre de ce contrôle semblent, à certains égards, plus strictes encore. L'hypothèse d'un conflit ne pouvant être totalement écartée, il faut se poser la question de sa résolution dans le respect de l'esprit du nouveau pouvoir judiciaire en matière d'exécution forcée. Toutefois, ici, il ne semble guère possible de transférer une condition de la révision pour imprévision au contrôle de l'article 1221 du Code civil. En définitive, il ne semble pas opportun d'amender le régime de ce contrôle pour parer à un risque de contournement aussi minime.

727. Conclusion du paragraphe.- La mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée peut rentrer en conflit avec d'autres règles tirées du droit commun des contrats. Il faut veiller à ce que le pouvoir judiciaire de l'article 1221 du Code civil ne soit pas mobilisé pour contourner les conditions posées par ces autres règles. Cette attention, visant à assurer l'harmonie de la matière, ne doit pas toutefois conduire à malmenager la lettre ou l'esprit du contrôle de l'exécution forcée. Puisque la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée conduit à relever le débiteur d'une prestation que le juge estime trop coûteuse, il faut particulièrement considérer les risques de conflits entre le contrôle de l'exécution forcée et le principe de validité des actes lésionnaires ou encore la révision pour imprévision. Il apparaît alors que dans les deux cas la probabilité d'un conflit entre le

¹²⁰⁷ V. *supra* n° 588.

contrôle de l'article 1221 du Code civil et les autres dispositions du droit commun est très réduite en raison des conditions de mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée. En revanche, il faut constater que si l'éventuel conflit entre les articles 1168 et 1221 du Code civil peut être résolu en empêchant le débiteur de se prévaloir d'une disproportion manifeste des intérêts qui aurait existé au moment de la conclusion du contrat, il ne semble pas possible de résoudre l'éventuel conflit entre les articles 1195 et 1221 du Code civil. En effet, la seule voie envisageable pour ce faire est, à l'examen, impraticable et est susceptible de contrevenir à l'esprit de l'exception au droit à l'exécution forcée.

§2 LE DROIT SPECIAL

728. Le droit spécial des contrats est également susceptible de perturber la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et, partant, d'entraîner un amendement du régime du contrôle de l'article 1221 du Code civil. *A priori*, le traitement de la question des relations entre le contrôle de l'exécution forcée et les règles du droit spécial devrait moins faire appel à un jugement d'opportunité qu'à un raisonnement technique puisque c'est d'articulation normative dont il est ici question. En atteste l'article 1105 du Code civil proposant depuis la réforme du droit des contrats une méthode d'articulation légale des règles générales avec les règles spéciales. Encore faut-il que cette disposition fournisse effectivement une méthode d'articulation opérationnelle. Or, force est de constater l'inefficacité de la méthode légale d'articulation du contrôle de l'exécution forcée avec les règles particulières à certains contrats (**A**). En vérité, l'articulation en cause semble devoir procéder d'une approche empirique et reposer sur une décision d'opportunité (**B**).

A) L'INEFFICACITE DE LA METHODE LEGALE D'ARTICULATION DU CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE AVEC LES REGLES PARTICULIERES A CERTAINS CONTRATS

729. La coexistence au sein du système juridique de règles communes à tous les contrats avec des règles particulières à certains d'entre eux fait naître un besoin d'articulation. La réforme du droit des contrats semble répondre à ce besoin en envisageant désormais la relation entre normes générales et spéciales à l'article 1105 du Code civil. Toutefois, le texte ne se donne par les moyens de ses ambitions et propose une méthode

d'articulation normative inefficace. En somme, si la réforme a permis de consacrer dans le Code civil l'adage *specialia generalibus derogant* (1), il faut bien admettre le caractère non-opérationnel de cette consécration dans le Code civil (2).

1) La consécration dans le Code civil de l'adage *specialia generalibus derogant*

730. Attention in extremis de la réforme du droit des contrats pour l'articulation entre les normes générales et spéciales.- La problématique de l'articulation entre droit commun et droit spécial des contrats est bien connue, comme en témoigne la littérature juridique¹²⁰⁸. La surprise était donc permise à la lecture du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats qui n'a pas cru bon de reprendre, ne serait-ce qu'en substance, l'ancien article 1107 du Code civil qui envisageait la coexistence entre droit commun et droit spécial des contrats¹²⁰⁹. Un tel oubli a été vivement critiqué par la doctrine qui a mis en évidence le besoin croissant d'envisager en législation les relations entre les normes *a priori* partagées par tous les contrats et celles qui s'appliquent à certains d'entre eux¹²¹⁰. Avant même le temps de la réforme, Oppetit regrettait « le recul du droit commun (...) qui opère une régression certaine, par l'insécurité ainsi créée du fait de l'extrême difficulté éprouvée à agencer l'articulation des règles générales et des règles spéciales »¹²¹¹. La Chancellerie a entendu ces critiques puisque l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a repris en substance l'ancien article 1107 du Code civil aux deux premiers alinéas

¹²⁰⁸ V. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette ; du même auteur, « Droit commun et droit spécial », *Rev. dr. Assas* 2013, n° 7, p. 29. Sur le droit commun en général, v. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, préf. M. Grimaldi.

¹²⁰⁹ Art. 1107 anc. C. civ. : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre [al. 1^{er}]. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce [al. 2nd] ».

¹²¹⁰ V. not. N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699 ; N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC* 2015/3, p. 810 ; Y. Lequette, « Y aura-t-il en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015/3, p. 616, spéc. n° 4.

¹²¹¹ B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113, spéc. p. 116 et s.

de l'article 1105 du même Code¹²¹². Plus encore, ce dernier texte innove *in fine*, dans la mesure où l'articulation entre droit commun et droit spécial est désormais envisagée : « [l]es règles générales [du droit des contrats] s'appliquent sous réserve de ces règles particulières [à certains contrats] » (al. 3).

731. L'article 1105 alinéa 3 du Code civil : consécration de l'adage *specialia generalibus derogant*.- Les commentateurs s'accordent pour voir dans l'article 1105 du Code civil une consécration législative de l'adage *specialia generalibus derogant*¹²¹³, laquelle s'avérait nécessaire tant cette maxime d'interprétation était auparavant dépourvue de portée normative¹²¹⁴. Le sens de l'adage s'explique aisément – ce qui est spécial déroge à ce qui est général – et se comprend d'autant mieux en matière contractuelle – la règle spéciale à un contrat l'emporte sur la règle applicable à tous les contrats¹²¹⁵. Si l'adage est appliqué au contrôle de l'article 1221 du Code civil, le débiteur peut exciper de la disproportion manifeste de l'exécution forcée pour échapper à cette sanction *sauf si* ce débiteur est engagé dans un contrat dont le régime évince le contrôle de l'exécution forcée. L'article 1105 du Code civil semble donc donner la méthode pour articuler le contrôle de l'exécution forcée avec d'éventuelles dispositions propres à certains contrats. En vérité, le vœu du législateur de donner une méthode d'articulation des normes générales et spéciales n'est pas parfaitement exaucé, loin de là.

¹²¹² « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre [al. 1^{er}]. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux [al. 2nd] ». Sur la relation entre droit commun et droit spécial après la réforme, v. not. Ph. Delebecque, « Droit commun et droit spécial des contrats : quelle dialectique après la réforme du 10 février 2016 ? », in *Mélanges en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 347.

¹²¹³ En ce sens, v. not. C. Goldie-Genicon, V^o « *Specialia generalibus derogant* », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit., n^o 121.32, p. 24 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n^o 116, p. 111 ; N. Balat, « A propos du nouveau droit commun des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p.27, spéc. p.32 et s. Pour une étude d'ensemble de l'adage, v. L. Lucienne, *Specialia generalibus derogant*, Thèse Tours, 2020.

¹²¹⁴ En ce sens, v. not. R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792, spéc. p. 796. Adde C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », préc., spéc. n^o 6 et s. (et les références citées).

¹²¹⁵ Sur l'adage, v. not. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., n^o 418, p. 843. Adde C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., n^o 347 et s., p. 447 et s.

2) Le caractère non-opérationnel de la consécration de l'adage *specialia generalibus derogant* dans le Code civil

732. L'article 1105 alinéa 3 du Code civil : absence des conditions d'application de l'adage *specialia generalibus derogant*. - L'article 1105 *in fine* du Code civil ne fournit pas une méthode d'articulation efficace puisqu'il est silencieux quant aux conditions précises de l'éviction du droit commun par les règles spéciales, ce qui est « regrettable »¹²¹⁶. En effet, comme il a pu être démontré¹²¹⁷, l'adage se prête à plusieurs approches plus ou moins favorables à l'efficacité du droit commun.

733. Selon une approche « souple » de l'adage, l'éviction de la norme plus générale intervient dès lors qu'une règle spéciale trouve à s'appliquer à la même situation factuelle. Si concurrence normative rime ici avec éviction du droit commun, c'est afin d'assurer l'efficacité du droit spécial en proie sinon à un contournement. Bien que la lettre de l'article 1105 du Code civil ne permette pas de déceler une faveur pour cette approche souple de l'adage, certains auteurs ont mis en évidence que les travaux parlementaires relatifs à la loi de ratification pouvaient parfois être lus dans ce sens¹²¹⁸. Dans ce cadre, l'article 1221 du Code civil et le contrôle qui l'accompagne seraient exclus dès qu'une règle particulière à un contrat spécial traiterait de la sanction *in specie* de l'inexécution.

734. Selon une approche « stricte » de l'adage, l'éviction du droit commun serait justifiée seulement dans la mesure où il existe une antinomie entre les normes en concours ; en dehors de cette hypothèse, la partie bénéficierait d'un droit d'option entre ces normes. Cette approche exige de mener une analyse plus fine : il doit ainsi constater une communauté d'objet entre les normes en cause et, surtout, une incompatibilité des effets qu'elles produisent¹²¹⁹. Une nouvelle fois, aucune faveur pour cette approche stricte ne saurait être déduite de la lettre du Code civil et il faut se tourner vers le *Rapport au Président de la République* pour déceler une telle préférence, profitable au droit

¹²¹⁶ C. Goldie-Genicon, *V° « Specialia generalibus derogant », préc., spéc. p. 1034.*

¹²¹⁷ Pour un exposé et une discussion de ces approches, v. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit., n° 368 et s., p. 473 et s.*

¹²¹⁸ V. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, op. cit., n° 121.32, p. 25* (et les références citées).

¹²¹⁹ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », préc., spéc. n° 17 et s., p.41 et s.

commun¹²²⁰. Si une conception restrictive de l'adage venait à être adoptée par les juges, comment faudrait-il le comprendre dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil ? Comme cela a été précisé, l'éviction de ce contrôle pourrait intervenir en cas de communauté d'objet et d'antinomie des normes en cause¹²²¹. Il faut donc d'abord vérifier que la norme spéciale confrontée à l'article 1221 du Code civil porte sur le même objet, à savoir la sanction de l'inexécution de l'obligation par la réalisation de la prestation promise dans le contrat par le débiteur. Il importe ensuite de constater une incompatibilité entre les deux normes mises en œuvre, laquelle peut résulter d'une différence de régime qui ferait que dans une situation donnée l'une des normes soit effective quand l'autre ne l'est pas. Concrètement, dans le cadre de l'article 1221 du Code civil, il y aurait incompatibilité – et donc exclusion du précédent texte – en cas d'application concurrente avec une norme spéciale qui privilégie une sanction *in specie* peu importe son coût pour le débiteur, sans contrôle de la disproportion manifeste. À moins de découvrir une antinomie entre le contrôle consacré à l'article 1221 du Code civil et un texte spécial, le débiteur pourra en principe échapper à l'exécution *in specie* en démontrant la disproportion manifeste entre son coût et son intérêt.

735. Entre l'approche « souple » et l'approche « stricte » de *specialia generalibus derogant*, le Code civil n'opère pas de choix. Les deux approches sont soutenues par des sources à l'autorité discutée et la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats n'a pas souhaité s'enfermer dans un modèle particulier. S'il faut espérer que l'adage exprimé à l'article 1105 du Code civil – adage qui pourrait être promis à une application dépassant le seul droit des contrats¹²²² – soit appliqué afin de préserver au mieux le droit commun¹²²³, rien n'est moins certain. En fin de compte, le Code civil ne semble pas fournir une méthode d'articulation légale efficace qui pourrait être mobilisée dans le cadre de l'étude de l'article 1221 du Code civil.

¹²²⁰ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 10 : « (...) les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues (...) pour régir les contrats spéciaux ».

¹²²¹ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », préc., spéc. n° 17 et s., p. 41 et s.

¹²²² C. Goldie-Genicon, *V° « Specialia generalibus derogant »*, préc., spéc. p. 1034. Il faut par exemple penser aux règles en matière probatoire qui, nées dans la sphère contractuelle, ont été mobilisées au-delà par les juges, jusqu'à constituer des principes généraux.

¹²²³ En ce sens, v. not. C. Goldie-Genicon, *V° « Specialia generalibus derogant »*, préc. ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 67.

736. L'article 1105 alinéa 3 du Code civil : pertinence douteuse pour l'articulation de certaines règles spéciales antérieures à la réforme du droit commun des contrats.- L'inefficacité de la méthode légale d'articulation ne repose pas exclusivement sur l'absence de choix entre la conception souple et la conception stricte de l'adage *specialia generalibus derogant*. En effet, il faut ajouter une autre raison qui peut être déduite du fait que l'adage suppose une comparaison entre la règle générale et la règle spéciale. Or cette démarche comparative peut parfois présenter une pertinence douteuse. Il en va notamment ainsi dans la situation suivante : voici qu'une règle spéciale correspond à une règle générale qui fait ensuite l'objet d'une modification, de sorte que la règle spéciale ne correspond plus à la règle générale. Si une approche stricte de *specialia generalibus derogant* est suivie, une antinomie entre les règles confrontées sera systématiquement relevée. En effet, la règle spéciale était plus ou moins expressément conforme à l'ancienne règle générale de sorte qu'après l'adoption de la nouvelle règle générale, seule une opposition peut être constatée. Le raisonnement peut particulièrement être appliqué au contrôle de l'exécution forcée qui constitue une innovation de la réforme du droit commun des contrats : toutes les règles spéciales antérieures à la réforme qui s'accordaient avec l'ancienne solution – l'absence de contrôle de l'exécution forcée – s'opposent à celle désormais retenue à l'article 1221 du Code civil. Faut-il alors conclure à l'exclusion du contrôle de la sanction *in specie* lorsqu'il existe une règle spéciale qui ne dit mot sur ledit contrôle ?

737. L'exclusion automatique du contrôle de l'exécution forcée, lorsqu'un texte spécial prévoit une exécution forcée sans contrôle similaire à celui de l'article 1221 du Code civil, paraît être une application logique de l'adage *specialia generalibus derogant*¹²²⁴. Toutefois, cette exclusion semble excessive. En effet, elle repose sur le postulat que le législateur, au moment de la réforme du droit commun des contrats, a systématiquement envisagé les manifestations de l'exécution forcée et fait le choix d'exclure tout pouvoir judiciaire dans les manifestations spéciales de l'exécution forcée en ne retouchant pas les dispositions spéciales. Or s'il faut trouver une raison à l'inertie des textes spéciaux prévoyant une sanction *in specie*, c'est moins dans la volonté claire du législateur d'exclure le contrôle de droit commun que dans la décision de renvoyer le traitement de la difficulté

¹²²⁴ Sauf à considérer que le silence d'un texte spécial quant au contrôle de l'exécution forcée ne vaille pas adhésion à l'absolutisme de la sanction *in specie*. L'argument est sans doute trop ambitieux : il paraît difficile d'admettre l'ajout spontané d'un élément de régime de la sanction.

à la prochaine réforme du droit des contrats spéciaux. Partant, il est possible d'exprimer des doutes sur l'opportunité de la comparaison de la disposition générale avec la disposition spéciale car il n'est plus certain que la seconde reflète fidèlement l'intention du législateur. Après tout, la règle spéciale est élaborée dans une logique de positionnement par rapport à la règle générale, que ce soit dans le sens d'une confirmation ou d'une dérogation plus ou moins importante. En cas d'évolution de la règle générale, le positionnement exprimé dans la règle spéciale qui demeure inchangée n'est-il pas frappé d'une forme de caducité ? Si la disposition spéciale ne disparaît assurément pas de l'ordonnement juridique, sa relation avec la règle générale s'en trouve nécessairement affectée¹²²⁵. Il en irait autrement seulement si la modification de la règle générale a été l'occasion d'une discussion de sa relation avec la règle spéciale, les travaux préparatoires aidant alors les juges dans leur travail d'articulation normative. Et il en ira ainsi jusqu'à ce que le législateur envisage de nouveau, plus ou moins directement, la règle spéciale puisqu'un nouveau positionnement qui ne sera pas anachronique, lui, sera exprimé. La précédente remarque vient encore s'ajouter aux arguments au soutien de la réforme du droit des contrats spéciaux : sans cette réforme à venir¹²²⁶, l'articulation des règles de droit commun ayant été modifiées à l'occasion de la réforme de 2016 ne pourra pas reposer systématiquement sur l'adage *specialia generalibus derogant*.

738. Conclusion.- En définitive, malgré l'apparence d'une consécration de l'adage *specialia generalibus derogant*, l'article 1105 du Code civil ne fournit pas une méthode efficace pour articuler le contrôle de l'exécution forcée avec les dispositions propres à certains contrats. Le texte ne donne pas au juge une méthode suffisamment aboutie pour déterminer qui du droit commun ou du droit spécial doit l'emporter dans un conflit de normes. Plus encore, le texte présente un intérêt discutable dans le cadre de la

¹²²⁵ Comp. N. Balat, « A propos du nouveau droit commun des contrats », préc., spéc. p. 34, qui rejette également l'idée d'une abrogation implicite de la règle spéciale du fait de la nouvelle règle relevant du droit commun, sans toutefois s'interroger au sujet de l'influence de la seconde règle sur la première règle en cas d'absence de discussions quant à leur articulation.

¹²²⁶ La réforme du droit des contrats spéciaux est d'actualité : après une offre de réforme préparée par l'Association Henri Capitant en deux temps (*Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, 2020) qui a fait l'objet de nombreuses discussions, la Chancellerie a confié au Professeur Stoffel-Munck la responsabilité d'élaborer un avant-projet de réforme qui a fait l'objet d'une diffusion et d'une consultation publique en 2022. Si cet avant-projet, également discuté (v. not. les commentaires proposés sur *Dalloz actualité* et dirigés par G. Chantepie et M. Latina ; des mêmes auteurs, v. « Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.* 2022, p. 1716), devrait aboutir sur un projet de réforme, il n'est pas assuré que l'initiative politique soit suffisante, ce qui pourrait inscrire dans le temps le risque d'incohérences entre le droit commun réforme et les règles propres à certains contrats.

présente étude car son application mécanique, presque désincarnée, entraînerait systématiquement l'exclusion de la règle générale si la disposition spéciale était muette quant au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Or ce résultat paraît excessif en ce qu'il repose sur une assimilation trop systématique entre la lettre du texte spécial et l'intention du législateur. Conscient de cette difficulté, il est probable que le juge se désintéresse de la méthode légale d'articulation pour lui substituer une approche empirique et qu'il admette que l'articulation normative doit ici procéder d'une décision d'opportunité.

B) L'APPROCHE EMPIRIQUE DE L'ARTICULATION DU CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE AVEC LES REGLES PARTICULIERES A CERTAINS CONTRATS

739. Puisque le Code civil ne fournit pas une méthode d'articulation efficace entre les règles communes à tous les contrats et celles particulières à certains d'entre eux, les juges doivent adopter une approche empirique et décider de l'articulation entre règles générales et spéciales au regard de l'opportunité des solutions à leur disposition. Est-ce à dire, pour autant, qu'il faille ici envisager tous les contrats spéciaux ? En vérité, outre le fait que la mission paraît vertigineuse, il faut la circonscrire en ayant à l'esprit la perspective de la présente réflexion. D'une part, force est de relever que le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil ne peut s'appliquer qu'à une obligation autre que de payer une somme d'argent¹²²⁷, dont l'inexécution est sanctionnée par une mesure *in specie*, d'exécution forcée, et non pas par une autre sanction de l'inexécution¹²²⁸. Naturellement donc, il est des contrats spéciaux qui se trouvent plus ou moins exclus de l'analyse. D'autre part, il faut rappeler qu'il est ici question de la *perturbation* du contrôle de l'exécution forcée par les règles particulières à certains contrats, et non pas de *l'application* du contrôle

¹²²⁷ V. *supra* n° 14.

¹²²⁸ Il n'est pas rare que le cadre dans lequel s'intègre l'obligation non-monnaire ne permette pas que l'inexécution soit sanctionnée par une mesure *in specie*, l'exécution forcée étant alors quasiment ou parfaitement impossible. Il en va ainsi en droit des sociétés lorsqu'un pacte extrastatutaire contient une convention de vote. En cas d'inexécution de la convention de vote, et donc l'adoption d'une décision sociale contraire à celle promise, le droit à l'exécution forcée est contrarié par le régime très restrictif de l'annulation des délibérations sociales – annulation nécessaire pour redonner toute sa force obligatoire à la convention de vote. Sur ces difficultés, v. not. S. Schiller, V° « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Rép. des soc.*, Dalloz, 2020, n° 234 et s. Pour un plaidoyer en faveur de l'exécution forcée des conventions de vote, v. not. F.-X. Lucas, « L'exécution forcée des conventions de vote », *BJS* 2011, p. 625. Sur l'exécution forcée en droit des sociétés, A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon.

de l'exécution forcée dans les contrats spéciaux. Pour cette application, il suffit de mobiliser toutes les considérations qui précèdent et celles suivront, les particularités de tel ou tel contrat laissant à penser que le débiteur a plus ou moins de chances de voir l'exécution forcée écartée en raison de son coût¹²²⁹. Pour ces raisons, le propos ne saurait dépasser le cadre des contrats spéciaux régis par des règles particulières évoquant spécifiquement l'exécution forcée d'une obligation autre que de payer une somme d'argent. Un panorama des principaux contrats spéciaux montre alors qu'il existe un besoin d'articulation avec une disposition propre au contrat de vente et une autre disposition propre au contrat de construction immobilière. Ainsi, il faut envisager l'articulation de l'article 1221 du Code civil avec l'obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente (1) et la garantie de parfait achèvement dans le contrat de construction (2).

1) L'articulation entre l'article 1221 du Code civil et l'obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente

740. La mise en possession du bien conforme au contrat : exécution forcée spéciale.- Même si le contrat de vente est le plus commun des contrats spéciaux, des besoins d'articulation entre le droit commun et les règles qui lui sont particulières peuvent parfois se faire ressentir. Il s'agit ici d'envisager le besoin d'articulation entre l'article 1221 du Code civil et la sanction de l'obligation de délivrance conforme due par le vendeur. Les contours de cette obligation se saisissent aisément malgré la lettre quelque peu désuète de l'article 1604 du Code civil¹²³⁰ et l'interprétation déformatrice d'une partie de la jurisprudence qui entendait rapprocher cette obligation de la garantie des vices cachés¹²³¹. L'obligation de délivrance consiste pour le vendeur à mettre à la disposition de l'acquéreur

¹²²⁹ V. par ex. en droit des sociétés, lorsqu'une clause statutaire ou extrastatutaire prévoit une obligation d'information à la charge d'un organe de la société, le fait pour le débiteur de l'obligation de s'exécuter représente un coût qui risque systématiquement d'être minime par rapport à l'intérêt du créancier d'obtenir cette information. En ce sens, v. S. Schiller, V° « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », préc., n° 233 ; G. Pillet, « L'efficacité des pactes d'actionnaires après le revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *RTD com.* 2022, p. 141. *Adde*, pour le contrat de bail, R.-N. Schütz, « Le droit du bail après la réforme du droit commun des contrats. En attendant celle des contrats spéciaux », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 51, spéc. n° 50 et s., p. 80 et s.

¹²³⁰ Art. 1604 C. civ. : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur ».

¹²³¹ Sur la question, v. not. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 186, p. 151.

la chose vendue telle qu'identifiée par les stipulations contractuelles¹²³². En cas d'inexécution de l'obligation, l'article 1610 du Code civil prévoit que « l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur ». La mise en possession constitue une forme spéciale d'exécution forcée, la disposition particulière ne faisant que reprendre l'option entre sanction *in specie* de l'inexécution et résolution du contrat.

741. Application du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée à la sanction de l'obligation de délivrance conforme.- Le vendeur qui n'a pas respecté l'obligation de délivrance conforme peut-il se prévaloir du contrôle de l'exécution forcée tel qu'envisagé par l'article 1221 du Code civil ?

742. Les doutes exprimés quant à l'efficacité de la méthode légale d'articulation se concrétisent ici. Quel serait le résultat de cette méthode suivie à la lettre ? La communauté d'objet entre les articles 1610 et 1221 du Code civil n'est pas en débat : les deux dispositions confrontées ont trait à la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle, sanction qui consiste pour le débiteur à exécuter lui-même la prestation prévue par le contrat. Plus qu'une communauté, c'est une identité d'objet qui existe entre les deux règles, de sorte qu'un risque d'antinomie entre elles existe. Ce risque ne peut se concrétiser, et entraîner l'exclusion de la règle de droit commun, que dans la mesure où les règles sont incompatibles, c'est-à-dire « [s]'il est impossible de les appliquer simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative [; l]'application des deux règles [devant] se heurter à une impasse, conduire à un non-sens, même si une option est offerte entre elles »¹²³³. C'est au moment de juger de l'incompatibilité des normes ici étudiées que se font ressentir les limites de la méthode d'articulation de l'article 1105 du Code civil et enrichie par la doctrine. À comparer la lettre des textes, une forme d'incompatibilité existe : alors que l'article 1221 du Code civil évoque un contrôle de la disproportion manifeste de la sanction, l'article 1610 du même Code est muet à ce sujet. Or, faudrait-il en déduire que le texte relatif à l'obligation de délivrance se soustrait à tout contrôle de la disproportion manifeste ? Cette solution témoigne d'une grande confiance dans la lettre du texte et apparaît expéditive à deux égards.

¹²³² V. not. *ibid.*, n° 187, p. 151 et s.

¹²³³ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », préc., n° 18, p. 42.

743. D'une part, pour rappel, cette solution néglige le fait que le décalage entre la lettre des textes peut être justifié par le décalage temporel entre la disposition spéciale de 1804 et la disposition générale de 2016, plutôt que par une volonté du législateur d'écarter la règle générale dans ce cadre précis. Ainsi est-il possible de ressentir l'une des difficultés à réformer le droit commun tout en délaissant le droit spécial : tous les rayonnements de la règle générale sur les règles spéciales ne peuvent pas forcément être considérés, de sorte que la volonté du réformateur ne peut être identifiée avec assurance dans la lettre des textes¹²³⁴.

744. D'autre part, cette solution de refoulement du régime de l'exécution forcée de droit commun dans le cadre de la sanction *in specie* de l'obligation de délivrance semble aller à l'encontre de la filiation clairement établie entre droit commun et droit spécial en matière d'obligation de délivrance. Si l'exécution forcée de l'obligation de délivrance était dans la dépendance de l'exécution forcée de droit commun à la veille de la réforme du droit des contrats et qu'aucune volonté autonomiste n'a été exprimée, ne faut-il pas considérer que le régime du droit commun au lendemain de la réforme doit également s'appliquer à la règle spéciale ? Certains auteurs ont déjà anticipé cette transposition en relevant que « [c]ette exécution forcée en nature est en principe possible, sauf (...) s'il existe une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le vendeur et son intérêt pour l'acheteur (...) »¹²³⁵. La réforme à venir du droit des contrats spéciaux pourrait prendre la même orientation¹²³⁶. Ainsi, suivre la lettre du texte et la méthode d'articulation portée

¹²³⁴ Par hypothèse, il en va autrement lorsque la règle spéciale est modifiée sans que la règle générale soit amendée.

¹²³⁵ P. Puig, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2019, n° 414, p. 391. Adde A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 193, p.156 ; M. Mignot, « Le droit de la vente après l'ordonnance n° 2016-131 », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 9, spéc. p. 29.

¹²³⁶ Rapp. art. 5 de l'*Offre de réforme du droit des contrats spéciaux* de l'Association Henri Capitant qui prévoit qu'en cas d'inexécution de l'obligation de délivrance, « le créancier peut émettre des réserves lors de la réception ou refuser de réceptionner le bien, de l'enlever ou d'en prendre livraison, sans préjudice de la mise en œuvre des mesures prévues à l'article 1217 ». Rapp. également art. 1644 C. civ. tel que le prévoit l'avant-projet de réforme préparé par la Chancellerie (2022) : « Conformément aux articles 1217 et suivants, quand le vendeur est tenu à garantie, l'acheteur a le choix de rendre le bien et de se faire restituer le prix ou de garder le bien et de se faire rendre une partie du prix ou de demander la mise en conformité du bien » (al. 1^{er}) (nous soulignons). Dans l'avant-projet, la garantie de délivrance conforme et celle des vices cachés sont fusionnées, la sanction de cette garantie pourrait donc prendre la forme d'une mise en conformité – une exécution forcée – qui serait soumise au contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil. Adde, pour l'application de l'article 1221 du Code civil – ainsi que ses limites – à la garantie des vices cachés, M. Mignot, « Le droit de la vente après l'ordonnance n° 2016-131 », *préc.*, spéc. p. 31.

par l'article 1105 du Code civil ne semble pas être recommandé. L'articulation devrait être décidée en fonction de l'opportunité des solutions possibles, et c'est bien celle qui voudrait qu'il existe un contrôle de la disproportion manifeste de la mise en possession qui devrait être jugée la plus opportune.

745. En définitive, l'article 1610 du Code civil ne peut être identifié comme une source de perturbation de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée : si un acheteur se plaint de l'inexécution de l'obligation de délivrance dans un contrat de vente et en réclame l'exécution forcée, il s'expose à l'exception tirée du coût manifestement disproportionné de la sanction. Cette articulation en faveur du droit commun ne procède pas de l'article 1105 du Civil dont l'application stricte pourrait aboutir à une solution malvenue. C'est donc l'opportunité de prolonger une filiation qui existe entre l'exécution forcée de droit commun et l'exécution forcée spéciale qui justifie la solution de préservation de la règle générale.

746. Extension de la solution à la garantie légale de conformité due au consommateur.- Dans la continuité de l'obligation de délivrance du contrat de vente, il est possible d'évoquer une garantie due dans un contrat de vente *spécial* car soumis aux règles du Code de la consommation qui se rapproche en partie de l'obligation de délivrance : la garantie légale de conformité¹²³⁷. Cette garantie, désormais prévue aux articles L. 217-3 et suivants du code précité, a déjà été rencontrée dans la thèse pour illustrer la possibilité de relativiser la force obligatoire du contrat au nom de l'efficacité économique¹²³⁸. Il s'agit d'envisager ici la question de l'articulation entre le contrôle judiciaire de l'exécution forcée de droit commun et le contrôle judiciaire de la sanction de la garantie légale de conformité. Une nouvelle fois, il est possible de distinguer la situation antérieure et la situation postérieure à l'ordonnance du 29 septembre 2021 réformant la matière.

747. Avant l'ordonnance du 29 septembre 2021, l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation évoquait seulement le contrôle judiciaire quant au choix opéré par le créancier entre la réparation ou le remplacement du bien. Ce contrôle se distinguant de celui de l'article 1221 du Code civil, car il ne vise pas à confronter l'intérêt et le coût de

¹²³⁷ Sur cette garantie, v. en général A. Bénabent, *Droit des contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 246 et s., p. 197 et s.

¹²³⁸ V. *supra* n° 343 et s.

la sanction *in specie*, il n'existe pas à ce niveau un besoin d'articulation entre le droit commun et le droit spécial. En revanche, un tel besoin est susceptible d'exister avec l'ancien article L. 217-8 du Code de la consommation qui évoque le droit à la mise en conformité de manière générale : « [l']acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat (...) ». Le précédent texte étant muet quant à l'existence d'un contrôle judiciaire portant sur la demande de mise en conformité, faut-il en déduire que le créancier ne pouvait se voir opposer le contrôle de l'article 1221 du Code civil ? En somme, il convient de déterminer si le créancier-consommateur devait soumettre sa demande en exécution forcée de la garantie légale de conformité à un double contrôle : un premier confrontant le coût de la sanction envisagée à son intérêt en application de l'article 1221 du Code civil, et un second confrontant le coût de la modalité choisie – remplacement ou réparation – au coût de l'autre modalité en application de l'ancien article L. 217-9 du Code de la consommation. Il est alors possible de reprendre le raisonnement mené pour l'obligation de délivrance conforme dont la sanction doit être soumise à un contrôle de la disproportion manifeste : le silence du texte spécial quant à ce contrôle ne doit pas faire l'objet d'une surinterprétation conduisant à l'exclusion de la règle de droit commun. Bien plutôt, il faut décider de cette articulation en appréciant l'opportunité des solutions en présence. Or, il semble plus opportun d'appliquer le contrôle de la disproportion manifeste à la sanction de la garantie légale de conformité non pas parce qu'il y a une nette filiation établie entre elle et la sanction de droit commun, mais dans la mesure où elle admet déjà une forme de relativisation du droit à l'exécution forcée du créancier en contrôlant la modalité de la sanction *in specie* qu'il choisit. Il y aurait donc une certaine cohérence à autoriser le juge à contrôler le principe même du recours à une sanction *in specie* au regard de l'intérêt du créancier pour elle. Ainsi, alors que la différence entre les contrôles suppose l'absence de besoin d'articulation entre eux, il n'est pas exclu qu'ils soient mobilisés pour mutuellement préciser le cadre dans lequel ils sont menés.

748. Depuis l'ordonnance du 29 septembre 2021, la sanction de la garantie légale de conformité est prévue à l'article L. 217-12 du Code de la consommation qui, cela a été constaté, est bien plus complet que l'ancien texte dédié à la question. En effet, si la disposition évoque en son premier alinéa le contrôle judiciaire du choix du créancier entre la réparation et le remplacement, son deuxième alinéa a trait au contrôle judiciaire de la demande de mise en conformité de manière générale, peu importe la modalité choisie. Or,

le texte indique que « [l]e vendeur peut refuser la mise en conformité du bien si celle-ci est impossible ou *entraîne des coûts disproportionnés notamment* au regard des 1° et 2° » (nous soulignons). Cette limite au droit à la mise en conformité du bien, ainsi formulée, appelle deux remarques. D'abord, elle vient quelque peu confirmer le précédent raisonnement relatif à l'articulation entre le contrôle de l'article 1221 du Code civil et l'ancien article L. 217-8 du Code de la consommation : la relativisation du droit d'option entre la réparation et le remplacement au nom de l'efficacité économique imprègne la matière d'une certaine logique économique qui pourrait opportunément s'appliquer au principe même de la mise en conformité du bien. Ensuite, et surtout, elle permet d'établir l'absence d'antinomie entre la disposition consumériste et celle de droit commun : en visant les « coûts disproportionnés » de la mise en conformité – qui n'est qu'une forme d'exécution forcée – et en mobilisant l'adverbe « notamment », la première de ces dispositions autorise le juge à opérer un contrôle confrontant le coût et l'intérêt de la mise en conformité dans les mêmes conditions que celles de l'article 1221 du Code civil. Certes, le second alinéa de l'article L. 217-12 du Code de la consommation autorise le juge à envisager autrement la disproportion du coût de la mise en conformité, mais il paraît difficile de voir ici une quelconque antinomie ; l'application du texte de droit commun aux côtés de celui de droit spécial n'entraîne pas une incohérence normative. Après ces développements sur le premier et le deuxième alinéa de l'article L. 217-12 précité, lesquels indiquent que le juge devra successivement contrôler la demande de mise en conformité puis la modalité particulière choisie par le créancier, il s'agit de s'arrêter sur le troisième alinéa du texte qui précise que « [l]orsque ces conditions ne sont pas respectées, le consommateur peut, après mise en demeure, poursuivre l'exécution forcée en nature de la solution initialement sollicitée, conformément aux articles 1221 et suivants du code civil ». Le texte s'avère être d'une facture pour le moins étrange. Il est difficile de savoir quelles sont les conditions visées. S'il faut voir ici – ce qui est le plus probable au regard des alinéas précédents – les *conditions* du refus du vendeur de procéder à la mise en conformité choisie, pourquoi indiquer au consommateur qu'il peut opter pour les ressources du droit commun – alors que par hypothèse celles du droit de la consommation sont applicables et qu'il les a recherchées ? A l'inverse, s'il faut voir ici les *conditions* de la mise en conformité que sont la possibilité et l'absence de coûts disproportionnés – alors qu'il s'agit sans doute des exceptions au droit à la mise en conformité, ce qui est différent – le renvoi au droit commun paraît peu utile car il s'agit des mêmes exceptions envisagées à l'article 1221 du Code civil.

Pour donner quelque sens à ce troisième aliéna, certains auteurs y voient surtout la possibilité pour le consommateur victime de l'inexécution de solliciter la mise en conformité auprès d'un tiers, et non plus auprès du débiteur, de sorte qu'il s'agirait ici de la faculté de remplacement du débiteur de l'article 1222 du Code civil – l'exécution forcée indirecte – qui pourrait particulièrement prendre la forme d'une réparation ou d'un remplacement du produit¹²³⁹. Le législateur français aurait ainsi exploité l'une des possibilités données par la directive européenne¹²⁴⁰. Néanmoins, il faut bien avouer que la concrétisation de cette possibilité est pour le moins hasardeuse et il aurait fallu un texte distinct, ne figurant pas au sein d'une disposition dédiée au refus du vendeur de procéder à la mise en conformité.

749. En définitive, le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil ressort indemne de la confrontation avec l'obligation de délivrance conforme du contrat de vente. Il en va de même pour la confrontation entre le contrôle précité et les dispositions relatives à la garantie légale de conformité du droit de la consommation, même si les chemins empruntés pour arriver à cette solution ne sont pas identiques.

2) L'articulation entre l'article 1221 du Code civil et la garantie de parfait achèvement en matière de construction

750. La garantie de parfait achèvement comme simple exécution forcée des obligations de l'entrepreneur.- Le contrat d'entreprise, contrat spécial régi par les articles 1779 et suivants du Code civil, sera vraisemblablement le terrain d'élection du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cela n'a rien de surprenant pour un contrat qui fait par essence peser sur l'entrepreneur une obligation autre que de payer une somme d'argent et dont l'inexécution pourra souvent être sanctionnée par une mesure *in specie* permettant de fournir la prestation promise. C'est dans un tel environnement qu'il est

¹²³⁹ En ce sens, v. par ex. S. Bernheim-Desvaux, « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », préc., n° 3.

¹²⁴⁰ Directive n° 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, cons. n° 54 : « Les États membres devraient être en mesure de réglementer les conditions dans lesquelles la prestation du débiteur peut être exécutée par une autre personne, *par exemple les conditions dans lesquelles l'obligation du vendeur de réparer un bien peut être exécutée par le consommateur ou par un tiers aux frais du vendeur* » (nous soulignons).

envisageable de retrouver une inexécution engendrant un intérêt modeste pour l'exécution forcée, d'une part, et nécessitant des mesures correctrices très coûteuses, d'autre part. Il faut alors noter qu'il n'est pas de disposition gouvernant le contrat d'entreprise « de droit commun » qui soit relative à l'exécution forcée des obligations pesant sur l'entrepreneur. Partant, le maître d'ouvrage constatant une malfaçon dans la prestation fournie peut demander cette sanction sur le fondement du droit commun, de l'article 1221 du Code civil, et l'entrepreneur peut lui opposer les exceptions visées par le texte¹²⁴¹.

751. La situation pourrait être différente pour ce contrat d'entreprise « particulier » qu'est le contrat de construction¹²⁴². La rencontre des dispositions propres au contrat de construction avec celles issues de la réforme du droit des contrats a fait l'objet d'une attention particulière, que ce soit au moment du projet¹²⁴³ ou de la version définitive¹²⁴⁴ de l'ordonnance du 10 février 2016. D'aucuns ont annoncé « [qu']une guerre du droit général et du droit spécial fera probablement rage »¹²⁴⁵. Or s'il est un point qui a

¹²⁴¹ V. en ce sens F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 741, p. 704. Les auteurs relèvent toutefois, de manière surprenante, que la nouvelle exception au droit à l'exécution forcée « est heureuse, même s'il eut été préférable de ne pas la graver dans la loi » (*ibid.*).

¹²⁴² Sur lequel, v. en général J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12^e éd., LGDJ, 2020, n° 807 et s., p. 575 et s.

¹²⁴³ V. par ex. H. Périnet-Marquet, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI* 2015, p. 251, spéc. p. 259 et s.

¹²⁴⁴ V. par ex. G. Durand-Pasquier, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », préc., spéc. p. 357 et s. ; Ph. Malinvaud, « Le principe de proportionnalité et le droit de la construction », *RDI* 2016, p. 437 ; O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire, « Les contrats de construction face aux nouvelles orientations du droit des contrats », *RDI* 2016, p. 391, spéc. p. 401 et s. ; B. Demont, « Le regard du praticien sur la réforme du droit des contrats et des obligations », *CCC* 2016, doss. 9, spéc. n° 23 ; H. de la Forge et S. Salem, « Réforme du droit des contrats en France : aspects pratiques dans les projets de construction », *Construction - Urbanisme* 2016, ét. 13, spéc. n° 23 et s. ; V. Zalewski-Sicard, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction », *BPIM* 2017, n° 1, p. 12 ; M. Faure-Abbad (dir.), *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2018 ; M. Faure-Abbad, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 181 ; G. Cauvin, « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations - À la recherche de principes directeurs... », *Gaz. Pal.* 2019, n° 19, p. 65.

¹²⁴⁵ H. Périnet-Marquet, « Réforme du droit des obligations et contrats de construction : propos conclusifs », in M. Faure-Abbad (dir.), *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 131, spéc. p. 136.

été spécialement discuté, c'est bien celui de l'articulation entre le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil et la garantie de parfait achèvement¹²⁴⁶.

752. Le besoin d'articulation ne peut être démenti au regard de la teneur de la garantie de parfait achèvement que prévoit depuis une quarantaine d'années l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil¹²⁴⁷. Le texte indique que « [l]a garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception » (al. 2nd)¹²⁴⁸. Concrètement, il s'agit de permettre au maître d'ouvrage d'obtenir de l'entrepreneur la correction *in specie* de tous les désordres qu'il relève au moment de la réception de l'ouvrage ou qu'il signale dans l'année qui suit cette réception. La nature de la garantie de parfait achèvement a été discutée par la doctrine avant la réforme du droit commun des contrats : elle ne serait ni une garantie légale, telle la garantie bienno-décennale, ni une action en responsabilité contractuelle, mais bien plutôt une « garantie d'exécution en nature »¹²⁴⁹.

753. En vérité, pour qui se place avant l'ordonnance du 10 février 2016 et donc omet le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil, il n'est pas

¹²⁴⁶ La doctrine s'est également intéressée à l'incidence du nouveau contrôle de l'exécution forcée sur les diverses garanties contractuelles ou légales qui visent à ce qu'un tiers garantisse au maître d'ouvrage la bonne exécution du contrat. Il s'agit alors de savoir si ce garant, généralement un établissement de crédit ou un assureur, peut mobiliser le contrôle de l'article 1221 du Code civil pour modérer sa garantie (v. G. Durand-Pasquier, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », préc. ; V. Zalewski-Sicard, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction », *BPIM* 2017, n° 1, p. 12). Faute pour les textes relatifs à ces garanties, envisagées comme des cautionnements, de faire référence à la sanction *in specie* d'une inexécution, ils ne posent pas à proprement parler une question d'articulation normative.

¹²⁴⁷ Sur cette garantie, v. not. Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, 7^e éd., Dalloz, 2018, n° 471.00 et s., p. 1485 et s.

¹²⁴⁸ Le texte se poursuit ainsi : « Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné [al. 3]. En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant [al. 4]. L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement [al. 5]. La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage [al. 6] ».

¹²⁴⁹ Sur ce débat, v. not. N. Coudoing, « La garantie de parfait achèvement : une garantie insolite », *RDI* 2011, p. 318.

évident que la garantie de parfait achèvement soit plus qu'une simple exécution forcée du contrat de construction¹²⁵⁰. Rien ne permet de dire qu'il s'agit d'une sanction qui serait plus vigoureuse par rapport à la sanction de droit commun. Rien n'autorise à soutenir qu'elle constitue un droit renforcé à la prestation parfaite au regard des règles de l'art ou des stipulations contractuelles. En effet, peu importe la nature ou l'étendue de l'inexécution du contrat de construction, l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil visant « tous les désordres », il est possible d'obtenir sa correction *in specie* par l'entrepreneur ou, en cas d'inertie de sa part, par un tiers dont la prestation sera supportée par l'entrepreneur. Or si le texte prévoyant la garantie de parfait achèvement n'avait pas existé ou avait été abrogé, la situation du maître d'ouvrage aurait-elle pour autant été différente ? A la réflexion, le droit commun tel que forgé par la jurisprudence lui fournissait des armes similaires sinon identiques en permettant de contraindre directement l'entrepreneur ou d'autoriser la réalisation de la prestation par un tiers aux frais de l'entrepreneur¹²⁵¹. L'utilité de la disposition particulière au contrat de construction semble ainsi discutable car elle ne fait que rappeler le droit commun des contrats tel qu'il était appliqué par les juges antérieurement à la réforme de 2016. Postérieurement à cette réforme, les articles 1221 et 1222 du Code civil permettent de fournir des armes efficaces au maître d'ouvrage pour

¹²⁵⁰ Dans la suite de ce qui a été annoncé (v. *supra* n° 17) et de ce qui sera détaillé (v. *supra* n° 872 et s.), la présente thèse n'adhère pas à l'idée d'une réparation en nature du préjudice contractuel. Il s'en suit que toute correction *in specie* d'une inexécution du contrat est une exécution forcée devant désormais se soumettre au régime de l'article 1221 du Code civil. Comp. M. Poumarède, « Le marché privé de travaux immobiliers au prisme de la réforme du droit des contrats », in M. Faure-Abbad (dir.), *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 9, spéc. p. 27 où l'auteur énonce, notamment pour la critiquer, la distinction retenue en jurisprudence entre exécution forcée et réparation en nature. Toutefois, il en déduit que l'exécution forcée a une portée relative en matière de contrats de construction et que les mesures *in specie* échapperont – même en substance – au contrôle de l'article 1221 du Code civil car il n'existe pas de contrôle similaire pour la réparation en nature. Les deux assertions sont discutables (sur le contrôle de la réparation en nature, v. *infra* n° 885). *Adde* M. Faure-Abbad, « Les incidences de la réforme sur les effets du contrat de construction : questions choisies », préc., spéc. n° 21, p. 195 et s. : l'auteur s'interroge sur l'intégration de la correction forcée de l'inexécution au sein de l'exécution forcée avant de dénoncer l'ambiguïté du droit français à ce sujet.

¹²⁵¹ Il faut donc regretter certaines présentations qui suggèrent qu'à la veille de la réforme du droit des contrats, la demande en exécution forcée pour un contrat de construction de maison individuelle était soumise à un principe de proportionnalité. V. par ex. F. Garcia, « Le contrat de construction de maison individuelle au prisme de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », in M. Faure-Abbad (dir.), *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 29. L'auteur cite au soutien de l'assertion deux décisions dont la pertinence est douteuse : pour la première (Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612), il s'agit d'une décision relative aux conséquences de l'annulation du contrat de construction – soumises à une logique de proportionnalité – et non pas à son exécution forcée en cas d'inexécution ; pour la seconde (Civ. 3^e, 9 décembre 2014, n° 13-10.072), il est question du paiement de dommages-intérêts correspondant au montant nécessaire pour détruire et reconstruire l'ouvrage, une telle demande relevant de la responsabilité contractuelle – dont les modalités sont classiquement abandonnées au pouvoir souverain des juges du fond – et non pas à l'exécution forcée du contrat.

obtenir la parfaite exécution du contrat. Puisque cette garantie de parfait achèvement a été consacrée par la loi du 4 janvier 1978 ayant simplement rendue obligatoire la pratique contractuelle de la garantie de parachèvement d'un an¹²⁵², il est même possible d'ajouter que c'est initialement cette pratique qui présentait une utilité douteuse. Tout au plus, il convient de reconnaître à la garantie de parfait achèvement, telle que prévue dans le Code civil, une fonction pédagogique car elle figure aux côtés d'autres dispositions évoquant les garanties légales – biennale et décennale – dues par le constructeur, ce qui permet de rassembler en un lieu unique les conséquences de l'inexécution du contrat de construction. Il faut malgré tout se demander si cet effort pédagogique n'a pas eu pour conséquence néfaste de faire naître, au fil du temps, le sentiment d'une autonomie excessive du contrat de construction par rapport au contrat d'entreprise de droit commun et, en fin de compte, au droit commun des contrats.

754. En définitive, la garantie de parfait achèvement prévue par l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil n'est que la reprise de l'exécution forcée de droit commun, désormais évoquée à l'article 1221 du Code civil. Dire que cette garantie est une *simple* exécution forcée n'est en rien dévalorisant car la sanction de droit commun était et demeure particulièrement vigoureuse en elle-même : il suffit de constater l'inexécution du contrat pour obtenir sa correction *in specie*, par tout moyen nécessaire.

755. Difficultés à articuler la garantie de parfait achèvement avec le contrôle de l'exécution forcée de droit commun sur la base de la méthode légale d'articulation.- Considérer que la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement revient à demander au juge l'exécution forcée du contrat de construction fait naître un besoin d'articulation entre les articles 1221 et 1792-6 alinéa 2 du Code civil. Dans le cadre de la présente étude, il s'agit essentiellement de déterminer si l'entrepreneur engagé dans un contrat de construction, et contre qui la garantie de parfait achèvement est avancée, peut se défendre en excipant de la disproportion manifeste de la sanction. En bref, le contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil s'applique-t-il à la garantie de parfait achèvement ?

¹²⁵² V. Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, *op. cit.*, n° 471.09, p. 1486.

756. La doctrine majoritaire considère qu'il ne peut y avoir de contrôle de la disproportion manifeste de la garantie de parfait achèvement¹²⁵³. Pour arriver à cette solution, l'adage *specialia generalibus derogant* tel qu'il est désormais consacré à l'article 1105 du Code civil est convoqué. *A priori*, la démarche est recommandable et la conclusion logique. Assurément, les articles 1221 et 1792-6 alinéa 2 du Code civil présentent une identité d'objet : ils visent la correction de l'inexécution du contrat par une mesure *in specie* visant à remédier à la malfaçon de la prestation fournie. Il semble également juste de relever une antinomie littérale entre les deux dispositions quant à la portée du droit à la sanction *in specie* de l'inexécution : alors que l'article 1221 du Code civil évoque comme exception au droit à l'exécution forcée la disproportion manifeste de son coût, aucune exception de la sorte n'est mentionnée pour la garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil. En toute logique, il faudrait déduire de cette antinomie la primauté de la règle spéciale et donc à l'absence de contrôle de la disproportion manifeste de la garantie de parfait achèvement.

757. La précédente conclusion est sans doute précipitée. D'abord, elle néglige les doutes formulés au sujet de la méthode légale d'articulation entre les règles communes à tous les contrats et celles propres à certains d'entre eux¹²⁵⁴. En effet, l'antinomie littérale entre les articles 1221 et 1792-6 alinéa 2 du Code civil pourrait moins résulter d'une volonté nette du législateur de tenir éloignée la garantie de parfait achèvement du contrôle de la disproportion manifeste que d'un oubli d'adapter les textes propres aux contrats spéciaux, notamment dans la perspective d'une future réforme de la matière¹²⁵⁵. Ensuite, il n'est pas impossible de prêter au législateur une intention d'instaurer un contrôle de la garantie de parfait achèvement à l'occasion de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹²⁵³ En ce sens, v. not. G. Durand-Pasquier, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », préc. ; B. Demont, « Le regard du praticien sur la réforme du droit des contrats et obligations », préc., spéc. n° 23, p. 53 ; V. Zalewski-Sicard, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction », préc., spéc. n° 26. Comp., moins catégorique, Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction, op. cit.*, n° 471.92, p. 1494 et, semblant admettre l'application du contrôle de l'article 1221 du Code civil aux diverses demandes visant à corriger une malfaçon dans le contrat de construction, sans discuter de l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*, J.-P. Tricoire, « Obligation de faire et indemnisation des dommages, vices cachés et défauts de conformité, après réception », *RDI* 2021, p. 632.

¹²⁵⁴ V. *supra* n° 736 et s.

¹²⁵⁵ A ce titre, il est regrettable que les projets de réforme, préparés par l'Association Henri Capitant ou la Chancellerie, ne traitent pas de la question de l'articulation entre la garantie de parfait achèvement et le contrôle de l'exécution forcée du droit commun alors que la difficulté et ses enjeux ont été identifiés par la doctrine.

L'assertion repose sur les rapports préparés par le Sénat¹²⁵⁶ et l'Assemblée nationale¹²⁵⁷ lors de l'examen du projet de loi de ratification. Ces rapports, pour illustrer le contrôle de l'exécution forcée, renvoient conjointement à la décision de la Cour de cassation qui avait admis la destruction d'une maison pour un défaut d'altimétrie de 33 centimètres¹²⁵⁸. Force est alors de constater que dans cette affaire il était question d'un contrat de construction d'une maison individuelle, contrat pour lequel la garantie de parfait achèvement a vocation à jouer, notamment s'il existe un défaut d'altimétrie de la construction. Il est vrai qu'en l'espèce le maître d'ouvrage n'avait pas réclamé la destruction-reconstruction de la maison sur le fondement de l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil car la réception de l'ouvrage n'avait pas encore eu lieu et la garantie de parfait achèvement ne pouvait donc pas être mobilisée. Toutefois, les rapports parlementaires ne semblent pas faire la distinction selon que la garantie de parfait achèvement a vocation à jouer ou non. À les lire, dans le contrat de construction, la correction *in specie* de l'inexécution doit être soumise à un contrôle de la disproportion manifeste, peu importe le fondement de cette sanction. Une telle position ne peut que fragiliser la solution dégagée en appliquant la méthode légale d'articulation qui conduit à focaliser l'attention sur la comparaison de la lettre des textes.

758. Application du contrôle de la disproportion manifeste à la garantie de parfait achèvement en raison de l'opportunité de la solution.- L'intention du législateur concernant l'articulation entre le contrôle de l'exécution forcée et la garantie de parfait achèvement étant incertaine, il est probable que le juge prenne une décision sur la base de l'opportunité des solutions se présentant à lui. Or, il est des raisons de penser que la garantie de parfait achèvement devrait être soumise à un contrôle de la disproportion manifeste, la solution contraire étant particulièrement inopportune. En effet, cette dernière solution attribuerait au créancier, maître d'ouvrage, une sorte de toute puissance difficilement justifiable. Le point de départ de ce jugement se trouve dans les rapports parlementaires relatifs au projet de loi de ratification. S'il est possible de regretter leur manque de finesse ou de précision, il s'agit plutôt de remarquer le fait qu'ils mettent indirectement en évidence que l'exécution forcée au sein des contrats de construction ne se réduit pas à la seule garantie de parfait achèvement. Or, dans toutes ces autres hypothèses d'exécution forcée, la sanction demandée par le créancier est soumise au contrôle de la disproportion manifeste

¹²⁵⁶ F. Pillet, *Rapport*, préc., p. 69.

¹²⁵⁷ S. Houlié, *Rapport*, préc., p. 17.

¹²⁵⁸ Civ. 3^e, 11 mai 2005, préc.

et il n'est pas de raison permettant de justifier que la garantie de parfait achèvement soit soustraite à cette dynamique.

759. Dans les contrats de construction, il est possible de retrouver l'exécution forcée de droit commun, et le contrôle de la disproportion manifeste qui l'accompagne, dès que la responsabilité contractuelle de droit commun trouve à s'appliquer¹²⁵⁹. L'hypothèse est tout sauf rare : « les désordres, défauts et malfaçons constatés en cours de chantier ne peuvent relever que de la responsabilité de droit commun »¹²⁶⁰. Avant la réception de l'ouvrage, puisqu'aucune garantie légale – garantie de parfait achèvement ou garantie bienno-décennale – ne trouve à s'appliquer, le créancier ne peut répondre à une inexécution contractuelle que par la voie du droit commun¹²⁶¹. Même après la réception, la responsabilité contractuelle de droit commun n'a pas dit son dernier mot : dès lors qu'une malfaçon contractuelle *lato sensu* existe sans qu'elle puisse rentrer dans le cadre des garanties posées aux articles 1792 et suivants du Code civil, le droit commun reprend ses droits¹²⁶². Dans toutes les situations où le maître d'ouvrage agit avec succès contre l'entrepreneur, il est possible pour le premier d'exiger l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, soit la mise en conformité de l'ouvrage par rapport aux attentes contractuelles. Or, à chaque fois, la demande fondée sur l'article 1221 du Code civil sera soumise au contrôle de la disproportion manifeste.

760. En second lieu, la sanction *in specie* du manquement contractuel peut intervenir non plus dans le cadre de la responsabilité de droit commun, mais dans celui de la garantie bienno-décennale notamment due par le constructeur. Au-delà des conditions d'engagement de cette garantie¹²⁶³, ce qui importe est sa sanction¹²⁶⁴. Or l'article 1792 du Code civil évoque le fait que le constructeur est « responsable » sans envisager plus avant les modalités de la réparation due. Il convient donc de se tourner vers les sanctions traditionnelles des manquements contractuels évoquées aux articles 1217 et suivants du

¹²⁵⁹ Une nouvelle fois, la remarque s'explique dans la mesure où la présente thèse rejette l'idée d'une réparation en nature du préjudice contractuel ; la correction *in specie* de l'inexécution du contrat correspond à l'exécution forcée.

¹²⁶⁰ Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, *op. cit.*, n° 477.42, p. 1612.

¹²⁶¹ V. par ex. Civ. 3^e, 6 décembre 2005, n° 04-18.749, *RDI* 2006, p. 136, obs. Ph. Malinvaud.

¹²⁶² Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, *op. cit.*, n° 477.44 et s., p. 1613 et s.

¹²⁶³ Sur lesquelles, v. not. *ibid.*, n° 472.61 et s., p. 1501 et s.

¹²⁶⁴ Sur les modalités de laquelle, v. not. *ibid.* n° 476.00 et s., p. 1591 et s.

même Code. Concrètement, le maître d'ouvrage peut notamment exiger la reprise des malfaçons *lato sensu* de l'ouvrage, soit l'exécution forcée du contrat de construction inexécuté¹²⁶⁵. Une nouvelle fois, la demande du créancier reposant sur la sanction de droit commun de l'article 1221 du Code civil, il faut admettre que la mesure sollicitée doit être soumise à un contrôle de la disproportion manifeste.

761. En somme, dans les contrats de construction, l'exécution forcée de droit commun envisagée par l'article 1221 du Code civil conserve une place importante, qu'elle procède de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de droit commun ou encore de la garantie bienno-décennale. Or, dans toutes ces hypothèses, rien ne permet d'affirmer que le créancier ne verra pas sa demande soumise au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car la mise en œuvre du droit commun n'achoppe pas sur une disposition spéciale qui viendrait soutenir le contraire¹²⁶⁶. En restituant à l'exécution forcée sa véritable place en cas d'inexécution du contrat de construction, les développements qui précèdent laissent deviner que si la garantie de parfait achèvement venait à exclure le contrôle de droit commun, elle constituerait un îlot d'absolutisme pour le créancier. Or, la tentation est grande pour les juges de submerger cet îlot en appliquant le contrôle précité à la sanction prévue à l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil. Il faut dire que cette solution correspond à un mouvement général qui traverse la matière lorsqu'est en cause la destruction d'un immeuble¹²⁶⁷, ce qui correspond à l'hypothèse où le besoin d'articuler le contrôle de l'exécution forcée et la garantie de parfait achèvement est le plus prégnant. Plus encore, la solution inverse présente une opportunité discutable.

762. D'abord, en pratique, si le maître de l'ouvrage venait à découvrir un manquement contractuel avant la réception des travaux, il pourrait être tenté de ne pas signaler la malfaçon jusqu'à la réception afin de s'assurer une exécution forcée absolue. Préserver l'absolutisme de la garantie de parfait achèvement est ainsi de nature à inciter le créancier à l'inertie face au constat de l'inexécution et, potentiellement donc, à la mauvaise foi. Au jugement moral qu'il est possible de porter sur ce comportement, vient s'ajouter un

¹²⁶⁵ *Ibid.*, n° 476.43, p. 1599.

¹²⁶⁶ Même si l'existence de la réparation en nature du préjudice contractuel était admise, la même solution devra être retenue car cette sanction, telle qu'elle est admise en jurisprudence, est soumise au pouvoir d'appréciation des juges du fond qui peuvent, à cette occasion, pratiquer un contrôle convoquant notamment le coût et l'intérêt de la sanction (v. *infra* n° 885 et s.).

¹²⁶⁷ V. A. Caston et M. Poumarède, « L'obligation de démolir l'immeuble », *RDI* 2020, p. 647.

jugement d'ordre économique. En effet, si le maître de l'ouvrage découvre avant la réception un manquement qui doit nécessiter une destruction partielle de ce qui a été fait par l'entrepreneur, l'inciter à attendre la réception pour bénéficier de l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil va conduire l'entrepreneur à poursuivre son travail sur un élément de l'ouvrage qui fera forcément l'objet d'une destruction ; le gaspillage des ressources est ici flagrant. Afin d'éviter le développement de comportements répréhensibles d'un point de vue moral et économique, les juges pourraient donc préférer soumettre la garantie de parfait achèvement au contrôle de la disproportion manifeste.

763. Ensuite, dans une perspective plus théorique, il est difficile de justifier l'absolutisme de l'exécution forcée se développant dans le cadre de la garantie de parfait achèvement par rapport à l'exécution forcée qui serait rencontrée par ailleurs. La seule particularité de la garantie de l'article 1792-6 al. 2 du Code civil est qu'elle doit nécessairement être exercée dans un bref délai, à savoir dans l'année qui suit la réception de l'ouvrage. Il faut alors se poser la question suivante : la rapidité du créancier justifie-t-elle l'absolutisme de l'exécution forcée ? Rien n'est moins certain. Cela est d'autant plus vrai qu'une même malfaçon pourrait tomber sous le coup de la garantie de parfait achèvement et de la responsabilité de droit commun, ou sous celui de la garantie de parfait achèvement et de la garantie bienno-décennale. Le créancier diligent, mais qui demanderait l'exécution forcée du contrat sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun ou la garantie bienno-décennale si la malfaçon le permet, devrait donc voir sa demande en exécution forcée contrôlée, alors qu'elle ne l'aurait pas été sur le fondement de la garantie de parfait achèvement. Ainsi, même la célérité du créancier ne semble pas justifier l'absolutisme de l'exécution forcée. Au vrai, plus généralement, il ne semble guère possible de trouver une justification au renforcement de la force obligatoire dans le contrat de construction en général, et pendant l'année de garantie de parfait achèvement en particulier. Certains auteurs favorables à l'absolutisme de la garantie de parfait achèvement ont indiqué que la garantie portait un « équilibre – voulu par le législateur en 1978 – entre les constructeurs et les maîtres d'ouvrage, lesquels sont parfois de simples particuliers, assimilables à des consommateurs de logement »¹²⁶⁸, et qu'appliquer le contrôle de la disproportion manifeste bouleverserait cet équilibre. Toutefois, il ne s'agit en rien d'un équilibre original – d'une force obligatoire originale – qu'il faudrait protéger spécialement.

¹²⁶⁸ Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, op. cit., n° 471.92, p. 1494.

L'équilibre évoqué entre les constructeurs et les maîtres d'ouvrage ne diffère en rien de celui qui existait entre les créanciers et débiteurs dans tous les autres contrats. Faudrait-il traiter différemment le créancier dans le contrat de construction ? Rien ne le justifie *a priori*. Certes, il y a dans les contrats de construction une dimension proprement réelle due au produit du contrat de construction – un immeuble – qui laisse deviner l'importance des enjeux de ce contrat. Néanmoins, est-ce suffisant pour octroyer une protection particulière à la force obligatoire du contrat de construction ? Il est possible d'en douter. En vérité, si la prétendue particularité du contrat de construction doit s'exprimer, c'est plutôt au sein même du contrôle de la disproportion manifeste, et non pas par l'exclusion de ce contrôle. L'importance de la parfaite exécution du contrat de construction peut s'exprimer dans l'identification de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. En effet, au regard de l'appréhension particulièrement large de ce terme du rapport de proportionnalité, il n'est pas douteux que les enjeux de la parfaite réalisation de la construction seront pris en compte et feront que l'intérêt du créancier sera substantiel. Partant, le risque d'une remise en cause de l'exécution forcée dans les contrats de construction est en pratique plus réduit que ce qui peut être redouté¹²⁶⁹. Par ailleurs, l'importance de la parfaite exécution du contrat de construction peut se traduire par l'insertion d'une clause au sein du contrat excluant le contrôle de l'exécution forcée, créant ainsi une garantie *contractuelle* de parfait achèvement¹²⁷⁰. La pratique contractuelle du XX^e siècle avait pris l'habitude d'insérer une telle clause dans les contrats de construction et le législateur d'inscrire dans la loi cette clause, sans que cela ne soit utile au regard du droit commun ; peut-être que la pratique contractuelle du XXI^e siècle rendra son sens à la garantie de parfait achèvement.

764. En définitive, il n'est pas douteux qu'il existe un besoin d'articulation entre l'exécution forcée de droit commun et cette exécution forcée spéciale au contrat de construction qu'est la garantie de parfait achèvement. En effet, le texte relatif à cette garantie – qui n'en est pas vraiment une – est silencieux quant à la réalisation par le juge

¹²⁶⁹ V. en ce sens G. Durand-Pasquier, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », préc., qui s'interroge également sur l'absence de remise en cause en pratique du droit à l'exécution forcée car l'intérêt du créancier, en matière de construction, risque d'être considéré comme substantiel de manière systématique. *Adde* V. Zalewski-Sicard, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction », préc., spéc. n° 26 : « différentes normes de sécurité, de construction, de performance énergétique, ou bien encore les règles d'urbanisme imposeront de considérer qu'il existe un véritable intérêt pour le débiteur d'obtenir une exécution forcée en nature ». Pour être pertinentes, ces remarques négligent sans doute la dimension quantitative du contrôle qui conduit le juge à valoriser les termes du rapport de proportionnalité.

¹²⁷⁰ V. *infra* n° 791 et s.

d'un contrôle de la disproportion manifeste. S'il est tentant de voir dans le mutisme de l'article 1792-6 alinéa 2 du Code civil une exclusion du contrôle de la disproportion manifeste de droit commun, l'intention du législateur est incertaine. Aussi, il est probable que le juge décide de cette articulation au regard de l'opportunité des solutions à sa disposition. Or celle qui consisterait à exclure le contrôle de la disproportion manifeste en matière de garantie de parfait achèvement paraît particulièrement inopportune. Pour cette raison, il faut penser que le juge admettra de contrôler la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement du contrat de construction de la même manière qu'il devra contrôler la demande en exécution forcée fondée sur l'article 1221 du Code civil. En d'autres termes, le contrôle de la disproportion manifeste du droit commun doit être étendu à la règle particulière au contrat de construction.

765. Conclusion.- La méthode d'articulation entre les règles générales et spéciales proposée par l'article 1105 du Code civil n'est guère applicable pour considérer l'articulation de l'article 1221 du Code civil avec d'autres normes spéciales à certains contrats. Il s'agit donc pour le juge de décider de cette articulation en se fondant sur l'opportunité de la solution retenue. Parfois, il sera opportun de conclure au maintien du droit commun et du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car il existe un lien de filiation établi entre l'occurrence spéciale de cette sanction et son énoncé commun, comme c'est le cas pour la sanction de l'obligation de délivrance conforme. En d'autres occasions, il sera opportun de conclure au maintien du droit commun et du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car retenir la solution inverse reviendrait à consacrer une solution isolée, comme c'est le cas pour la garantie de parfait achèvement.

766. Conclusion de paragraphe.- La confrontation de l'article 1221 du Code civil avec des dispositions particulières à certains contrats peut soulever des problèmes d'articulation normative dont le traitement requiert *a priori* l'usage d'une technique. Alors que l'article 1105 du Code civil formule une telle technique en consacrant l'adage *specialia generalibus derogant*, l'application du texte a fait apparaître ses limites. En effet, il est délicat de conclure à l'incompatibilité entre la règle générale et la règle spéciale lorsque le décalage entre les textes n'est pas assurément souhaité par le législateur. L'articulation doit donc se faire en envisageant l'opportunité des différentes solutions possibles : le régime de

l'exécution forcée de droit commun doit être étendue à l'exécution forcée spéciale lorsqu'il existe une filiation entre la sanction générale et la sanction spéciale que la réforme n'a pas voulu remettre en cause, comme c'est le cas pour la sanction de l'obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente ; le régime de l'exécution forcée de droit commun doit être étendu à l'exécution forcée spéciale lorsque ne pas le faire conduirait à isoler sans justification cette sanction spéciale, comme c'est le cas pour la garantie de parfait achèvement dans le contrat de construction. Ainsi, les exemples mobilisés ont pu mettre à jour les raisonnements que les juges sont susceptibles d'adopter pour décider de l'opportunité ou de l'inopportunité de l'exclusion du contrôle de l'exécution forcée dans certains contrats.

767. Conclusion de la section.- À l'occasion de l'exercice du contrôle de l'exécution forcée, le juge doit avoir un certain égard pour l'environnement normatif dans lequel son pouvoir s'intègre. Toutefois, l'amendement du régime du contrôle de l'article 1221 du Code civil à cause de la rencontre avec des règles communes à tous les contrats ou spéciales à certains semble moins dépendre d'une technique établie que d'une décision en opportunité. En effet, c'est l'opportunité qui justifie que le juge doive veiller au non-contournement du principe de validité des contrats lésionnaires et qu'il ne doit pas se soucier d'un contournement des règles relatives à la révision pour imprévision. C'est encore l'opportunité qui dicte que le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée se prolonge dans certaines occurrences spéciales lorsqu'il existe une nette filiation entre le droit commun et le droit spécial, ou lorsque le particularisme du droit spécial serait trop excessif et injustifié. Ainsi, l'exécution forcée de l'obligation de délivrance conforme et la garantie de parfait achèvement ne devrait pas échapper au contrôle judiciaire de l'article 1221 du Code civil. Bien que cette prééminence du jugement en opportunité permette de doter le contrôle précité d'un régime plus respectueux du système juridique dans lequel il s'intègre, elle n'est pas de nature à favoriser sa prévisibilité. En somme, mesurer avec assurance la perturbation de la caractérisation de la disproportion manifeste par la loi s'avère difficile. Il en va de même pour la perturbation de cette caractérisation due, cette fois-ci, aux parties.

SECTION 2 : PAR LES PARTIES

768. La loi n'est pas la seule source de perturbations de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. De manière plus particulière, les parties au contrat sont susceptibles de compliquer le travail judiciaire. Le phénomène est plus ou moins recherché par elles car c'est tantôt la volonté des parties (§1), tantôt le comportement des parties (§2), qui sera à l'origine de la perturbation.

§1 LA VOLONTE DES PARTIES

769. L'ensemble des réflexions menées sur le contrôle de l'article 1221 du Code civil ne permettront pas de dissiper les incertitudes relatives à la mise en œuvre de cette nouvelle exception au droit à l'exécution forcée. Pour pallier cette situation, les parties peuvent envisager d'avoir recours au « contrat, acte de prévision »¹²⁷¹, afin d'exclure ou d'aménager le nouveau pouvoir judiciaire visé à l'article 1221 du Code civil. Une telle proposition requiert d'examiner au préalable la possibilité de stipuler dans l'accord une clause relative au contrôle de l'exécution forcée (A). Ce n'est qu'une fois acquise cette possibilité que pourra être présentée une typologie des clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée (B).

A) LA POSSIBILITE DE STIPULER UNE CLAUSE RELATIVE AU CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE

770. Les parties au contrat peuvent-elles insérer dans leur accord une clause qui viendrait contredire ou aménager la caractérisation de la disproportion manifeste telle qu'envisagée précédemment ? Il est possible de le penser au regard du caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée (1). Cela ne signifie pas que la volonté des parties est absolument libre : il demeure l'encadrement de cette volonté par les outils de contrôle des clauses abusives (2).

¹²⁷¹ H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », préc.

1) Le caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée

771. Éléments en faveur de la supplétivité du contrôle de l'exécution forcée.-

Se demander si les parties à un contrat peuvent déroger à une règle normative revient indirectement à poser la question du caractère supplétif de la règle en cause¹²⁷². Bien qu'elle ne puisse être réduite à cet aspect, la règle supplétive de volonté se définit « comme celle qui ne s'applique qu'en l'absence de volonté contraire des sujets de droit »¹²⁷³, des parties en matière contractuelle. A l'inverse, la règle est dite impérative – ou d'ordre public – si les parties ne peuvent y déroger, une stipulation qui contrarierait la règle impérative devant alors être privée d'effet.

772. En faveur du caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée et donc de la possibilité pour les parties d'y déroger, il faut évoquer la supplétivité de principe en matière contractuelle¹²⁷⁴. Un tel principe ne résulte pas d'un énoncé clair dans la lettre du Code civil de 1804¹²⁷⁵ ou bien dans celle postérieure à la réforme du droit des contrats. Bien plutôt, il procède d'une lecture *a contrario* de l'article 6 du Code civil à laquelle il faut désormais ajouter l'article 1102 alinéa 1^{er} du même Code qui consacre le principe de la liberté contractuelle : la liberté étant le principe, il faut admettre que les parties peuvent en principe déroger aux règles prévues par le Code civil en matière contractuelle. Le *Rapport au Président de la République* n'a pas manqué de se reposer sur ces deux textes pour justifier le choix de l'ordonnance de ne pas consacrer littéralement le principe du caractère supplétif des règles du Code civil¹²⁷⁶. Toujours selon le *Rapport au Président de la République*, le principe n'échoue que face à la mention explicite du caractère impératif de

¹²⁷² V. pour une étude d'ensemble C. Pérès, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.

¹²⁷³ C. Pérès, V° « Règles supplétives », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, p. 946 et s.

¹²⁷⁵ C. Pérès, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n° 23 et s., p. 27.

¹²⁷⁶ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 10 : « En revanche, dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation *a contrario* et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations) ».

la disposition, comme c'est par exemple le cas à l'article 1112-1 alinéa 5 du Code civil qui précise que « [l]es parties ne peuvent ni limiter, ni exclure [l]e devoir [précontractuel d'information] »¹²⁷⁷. Force est alors d'admettre que l'article 1221 du Code civil ne fait aucunement mention du caractère impératif du droit à l'exécution forcée comme du contrôle de cette sanction. Il faudrait dès lors admettre conjointement le caractère supplétif de la sanction¹²⁷⁸, comme du contrôle afférant.

773. En faveur du caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée, il faut également – non sans un certain paradoxe – convoquer un autre texte, à savoir l'article 1195 du Code civil. Relative à la révision pour imprévision, la disposition est supplétive de volonté selon une doctrine quasiment unanime¹²⁷⁹. Pour justifier la solution, il est habituellement énoncé qu'une dérogation au mécanisme légal en matière d'imprévision permet simplement aux parties de répartir les risques entre elles. Le raisonnement est susceptible d'être étendu au contrôle de l'exécution forcée¹²⁸⁰. Il est ainsi possible de considérer que « la validité de la clause [excluant le contrôle de l'article 1221 du Code civil] pourrait être défendue en tant qu'elle constitue un moyen de répartir et d'accepter les risques »¹²⁸¹. Au fond, le débiteur qui s'engagerait à procéder à l'exécution forcée de l'obligation peu importe son coût ne fait qu'accepter le risque d'avoir une sanction de l'inexécution très coûteuse alors que le créancier en retire un intérêt relatif. Sa situation est à rapprocher de celle du débiteur qui s'engage à exécuter l'engagement selon les termes initiaux malgré la survenance d'un événement imprévisible qui rendrait cette exécution excessivement coûteuse. Dans les deux cas, la clause qui déroge au processus légal vise simplement à redonner à l'accord sa « stricte force obligatoire »¹²⁸².

¹²⁷⁷ *Adde* not. art. 1104, 1112, 1231-5 C. civ.

¹²⁷⁸ Sur la possibilité de déroger au droit à l'exécution forcée, v. not. G. Maire, *Volonté et exécution forcée*, *op. cit.*, n° 336 et s., p. 459 et s.

¹²⁷⁹ V. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 125.81, p. 120. *Contra* B. Mercadel, *Réforme du droit des contrats – Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016, n° 606, p. 170. *Adde* R. Libchaber, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020, p. 1185.

¹²⁸⁰ *Contra* G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, *op. cit.*, n° 480, p. 629.

¹²⁸¹ Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *préc. spéc.* p. 42. L'auteur ajoute que la clause pourrait être « un moyen de faire échec aux fautes lucratives, ou encore, plus généralement, un indicateur de la valeur ou de l'importance subjective que le créancier accorde à l'exécution en nature escomptée et qui est (ou a pu être) la raison de son engagement ». *Adde* B. Mathieu, « Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique », *JCP E* 2019, 1126, *spéc.* n° 141

¹²⁸² Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 543, p. 502.

774. Toujours en faveur de la supplétivité du contrôle de l'exécution, il faut compter sur les travaux parlementaires relatifs à la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Lors de la première lecture du projet de loi de ratification au Sénat, au sujet du caractère supplétif de l'exception au droit à l'exécution forcée, le rapporteur a relevé que « [s]ans proposer de nouvelle modification du dispositif, votre commission a entendu *préciser explicitement que l'application de cette exception pouvait être écartée par les parties au contrat* »¹²⁸³. Le rapport préparé à l'occasion de la première lecture à l'Assemblée nationale reprend, sans la contredire, cette position¹²⁸⁴. Si la question de la supplétivité du contrôle de l'exécution forcée n'a pas été évoquée lors des séances publiques et qu'elle n'a pas fait son chemin dans la version définitive de l'article 1221 du Code civil, il faut bien avouer que les parlementaires semblent attachés au caractère supplétif du contrôle.

775. En somme, en faveur de la supplétivité du contrôle de l'exécution forcée, il faut noter le fait que ce contrôle ressort *a priori* du principe – non exclu – de supplétivité en matière contractuelle. Par ailleurs, un raisonnement par analogie avec le traitement de la question en matière de révision pour imprévision fait apparaître qu'une dérogation au contrôle de l'article 1221 du Code civil permettrait aux parties de proposer une répartition des risques liées à l'inexécution du contrat. Enfin, il ne faut pas négliger le fait que les parlementaires semblent avoir envisagé cette exception au droit à l'exécution forcée comme étant supplétive de volonté.

776. Remise en cause des éléments en défaveur de la supplétivité du contrôle de l'exécution forcée.- Il serait erroné de se fier à la seule méthode énoncée par le *Rapport au Président de la République* pour faire le départ entre les dispositions impératives et supplétives de volonté dans la réforme du droit des contrats. Outre le fait que l'autorité de l'instrument est discutée et discutable¹²⁸⁵, « il faut fortement nuancer l'idée que seuls les textes ouvertement qualifiés d'impératifs viendraient restreindre l'étendue de la liberté

¹²⁸³ F. Pillet, *Rapport*, préc., p. 71 (l'auteur souligne).

¹²⁸⁴ S. Houlié, *Rapport*, préc., p. 85 : « Le rapporteur [du Sénat] a enfin précisé, dans son rapport, que l'application de cette exception pouvait être écartée par les parties au contrat, contrairement à l'exception tirée l'impossibilité d'exécuter l'obligation qui est impérative ».

¹²⁸⁵ V. *supra* n° 32

contractuelle »¹²⁸⁶. Autrement dit, il est des textes que les juges sont susceptibles de qualifier d'impératifs et qui, partant, échapperont à toute dérogation de la part des parties. Les commentateurs ont eu à cœur d'identifier ces textes à l'évidence impératifs¹²⁸⁷, qu'ils confèrent des droits aux tiers, qu'ils aient trait aux conditions de validité des contrats ou encore qu'ils proposent des définitions¹²⁸⁸. Le caractère impératif ou supplétif d'autres dispositions, dont fait partie l'article 1221 du Code civil, est plus discuté. En l'absence de critère général permettant de classer ces dispositions entre celles susceptibles de dérogations et celles qui s'imposent invariablement aux parties¹²⁸⁹, une étude au cas par cas doit être menée. La littérature relative au contrôle de l'exécution forcée a assez nettement tendance à conclure à l'impérativité du contrôle et donc à l'impossibilité pour les parties de s'en défaire. Or, une telle solution semble reposer sur divers éléments qu'il est possible de remettre en cause.

777. Le premier élément, sans doute celui qui porte le plus, renvoie au prétendu lien de filiation entre le contrôle litigieux et la théorie de l'abus de droit. Décrétée par le *Rapport au Président de la République* et reprise par la doctrine majoritaire¹²⁹⁰, cette filiation menace le caractère supplétif du contrôle : « on voit mal, en effet, qu'un créancier puisse conventionnellement se ménager l'exercice abusif d'un droit dont il est titulaire »¹²⁹¹. L'assertion fait en partie écho au lien entre la théorie de l'abus de droit et l'exigence de bonne foi, cette dernière étant expressément d'ordre public selon l'article 1104 alinéa 2 du Code civil. La plupart des auteurs évoquent l'impossibilité de cette autorisation volontaire du comportement abusif – exiger l'exécution forcée peu important la disproportion manifeste entre son coût et son intérêt – pour exclure le caractère supplétif du contrôle de

¹²⁸⁶ C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », préc., p. 771.

¹²⁸⁷ V. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, op. cit., n° 121.72, p. 29 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 13.

¹²⁸⁸ C. Pérès, V° « Règles supplétives », préc., spéc. p. 947. Adde L. Leveneur, « Introduction générale : application dans le temps et caractère supplétif ou impératif des dispositions issues de la réforme du droit des contrats », *RGDA* 2017, p. 583, spéc. n° 18 et s.

¹²⁸⁹ C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », préc., spéc. p. 773.

¹²⁹⁰ V. *supra* n° 434 et s.

¹²⁹¹ D. Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477, spéc. p. 2482.

proportionnalité de la sanction¹²⁹². Toutefois, il a été vu que le contrôle envisagé par l'article 1221 du Code civil ne peut être conçu comme une simple manifestation de l'exigence de bonne foi ou encore de la théorie de l'abus de droit¹²⁹³. Autrement dit, le créancier qui exigerait l'exécution forcée d'une obligation alors que la sanction est manifestement disproportionnée ne méconnaîtrait pas l'exigence précitée et ne commettrait pas un abus de droit. Dans cette perspective, l'élément en défaveur du caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée ne semble plus valable et il faut admettre que les parties peuvent décider de l'écarter¹²⁹⁴.

778. Le deuxième élément qui serait défavorable au caractère supplétif de la nouvelle exception à l'exécution forcée tient au mécanisme sur laquelle cette exception reposerait : le contrôle de proportionnalité. Pour certains auteurs, il est vraisemblable que les juges seront réfractaires à l'idée d'abandonner leur pouvoir régulateur au regard de « [l']activisme judiciaire de ces derniers temps en matière de contrôle de proportionnalité »¹²⁹⁵. Toutefois, cet activisme porte-t-il sur le type de contrôle mis en œuvre dans le cadre de l'article 1221 du Code civil ? Il avait été mis en évidence que ce contrôle devait être distingué de celui mobilisé par les juges en matière de libertés et droits fondamentaux¹²⁹⁶. Or, si ce dernier a effectivement eu les faveurs des juges ces dernières années, le contrôle de la disproportion manifeste auquel se rattache l'exception à l'exécution forcée ne peut se prévaloir d'un engouement similaire. En somme, l'attachement des juges au contrôle de l'exécution forcée peut ne pas être tel qu'ils refuseraient aux parties la possibilité de stipuler une clause relative à ce contrôle.

779. Le troisième et ultime élément qui serait défavorable au caractère supplétif de la nouvelle exception à l'exécution forcée est ainsi formulé : admettre une dérogation

¹²⁹² V. par ex. M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », préc., n° 12 ; D. Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », préc., n° 13. Même s'il est envisageable de déroger à l'exigence de bonne foi en certaines hypothèses (en ce sens, v. Y.-M. Laithier, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », *D.* 2014, p. 33), il semble impossible de déroger à un contrôle judiciaire en précisant dans une clause que l'usage du droit tiré du contrat sera discrétionnaire (*ibid.*).

¹²⁹³ V. *supra* n° 380 et s.

¹²⁹⁴ Envisageant cette hypothèse, v. Th. Genicon, « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », préc., spéc. n° 24.

¹²⁹⁵ C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », préc., p. 773.

¹²⁹⁶ V. *supra* n° 102.

au contrôle de la sanction « irait directement à l'encontre de la volonté du législateur qui a été de trouver, en l'occurrence, une solution respectant les intérêts du créancier, tout en ménageant le point de vue du débiteur »¹²⁹⁷. Néanmoins, l'argument présente une logique discutable. En effet, il est pour le moins étrange de faire reposer le caractère supplétif d'une disposition, lequel donne la possibilité aux parties de se départir de la vision du législateur, sur le fait que l'usage effectif de cette opportunité aura pour conséquence de contredire cette vision. À suivre ce raisonnement, nulle disposition ne serait supplétive puisque toute disposition représente la volonté du législateur, conciliatrice des intérêts en présence. Autrement dit, le principe de supplétivité des règles en matière contractuelle s'en trouverait renversé, ce qui va à l'encontre de la volonté suggérée par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des contrats. En vérité, lorsque le législateur estime que la solution qu'il a dégagée ne peut souffrir d'aucun écart, il fait en sorte de marquer la règle du sceau de l'impérativité. L'article 1231-5 du Code civil relatif à la clause pénale illustre la démarche puisqu'après avoir énoncé la possibilité pour le juge de réviser le montant prévu par la clause, le texte précise que « [t]oute stipulation contraire [à ce pouvoir modérateur] est réputée non écrite » (al. 3). L'illustration est d'autant plus pertinente qu'il s'agit en l'occurrence d'assurer au juge la possibilité de pratiquer le contrôle du montant de la clause pénale, contrôle qui se rapproche à divers égards de celui de l'exécution forcée. Force est alors de constater que l'article 1221 du Code civil ne porte pas un sceau d'impérativité similaire.

780. En définitive, différents éléments ont été avancés pour faire échapper le contrôle de l'exécution forcée au principe de supplétivité en vigueur en matière contractuelle. À la réflexion, aucun d'entre eux n'emporte l'adhésion. Le principe de supplétivité doit donc primer : le contrôle de l'article 1221 du Code civil est supplétif de volonté, les parties peuvent donc s'accorder pour l'écarter ou l'aménager. La solution n'épuise toutefois pas le débat autour de la possibilité pour les parties de déroger au contrôle de l'exécution forcée : au-delà du caractère supplétif du contrôle, persiste un encadrement de la volonté des parties par les outils de contrôle des clauses abusives.

¹²⁹⁷ Ph. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. et patr.* 2016, n° 259, p. 62, spéc. p. 65.

2) L'encadrement des clauses par les outils de contrôle des clauses abusives

781. Supplétivité de la règle et encadrement de la liberté contractuelle : la lutte contre les clauses abusives.- Lorsqu'il est admis qu'une disposition est supplétive de volonté, il ne faut pas conclure à la liberté totale des parties à son égard : « la distinction du supplétif et de l'impératif ne recoupe pas exactement celle du permis et de l'interdit »¹²⁹⁸. En effet, il s'agit en outre de vérifier que la clause d'exclusion ou d'aménagement de la règle supplétive ne tombe pas sous le coup de la police des clauses abusives¹²⁹⁹. Or c'est désormais un lieu commun que de souligner l'importance croissante des mécanismes qui visent à évincer les clauses abusives des contrats qui n'ont pas été négociées. Autrefois cantonnée au droit de la consommation¹³⁰⁰ et au droit des pratiques restrictives de concurrence¹³⁰¹, la lutte contre les clauses abusives a conquis le droit commun des contrats à l'occasion de la réforme de la matière. S'il est vrai que cette lutte était en germe dans l'ancien droit des contrats, comme en attestent les origines du nouvel article 1170 du Code civil¹³⁰², elle prend une autre dimension avec l'article 1171 du même Code qui prévoit que « [d]ans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » (al. 1^{er}). L'opportunité et la mise en œuvre de la disposition ont été discutées par les commentateurs – et les parlementaires au moment de la ratification de l'ordonnance – qui s'interrogent notamment sur les contours exacts du domaine d'application de la disposition, les contrats d'adhésion, ou encore sur son articulation avec les régimes spéciaux¹³⁰³. Pour le présent propos, il s'agit de déterminer

¹²⁹⁸ C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », préc., p. 773.

¹²⁹⁹ En ce sens, v. not. L. Leveneur, « Introduction générale : application dans le temps et caractère supplétif ou impératif des dispositions issues de la réforme du droit des contrats », préc., spéc. n° 21.

¹³⁰⁰ Art. L. 212-1 C. conso. (anc. art. L. 132-1 C. conso).

¹³⁰¹ Art. L. 442-1 C. com. (anc. art. L. 442-6 C. com.).

¹³⁰² Consacrant en partie la jurisprudence *Chronopost-Faurecia*, l'article 1168 du Code civil dispose que « [t]oute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

¹³⁰³ Sur ce dernier point, la Cour de cassation est venue apporter une réponse : « Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation » (Com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782, *JCP E* 2022, 1125, note G. Chantepie ; *CCC* 2022, comm. 40, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2022, p. 124, obs. H. Barbier ; *RDC* 2022/2, p. 10, note M. Latina). P

dans quelle mesure une clause qui exclurait ou aménagerait le contrôle de l'exécution forcée peut être déclarée abusive au regard des dispositions précitées.

782. Intégration des clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée dans le champ d'application des outils de lutte contre les clauses abusives.- Pour qu'une stipulation contractuelle puisse être déclarée abusive, encore faut-il qu'elle ne figure pas parmi celles qui sont exclues de la lutte contre les clauses abusives. Le troisième alinéa de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et le second alinéa de l'article 1171 du Code civil précisent en effet que l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la prestation convenu. Il faut noter que l'exclusion, justifiée par le principe de la liberté contractuelle, ne se retrouve pas dans le mécanisme prévu à l'article L. 442-1 du Code de commerce, et qu'elle cède en droit de la consommation lorsque la clause manque de clarté. Cette restriction du champ d'application des outils de lutte contre les clauses abusives, en droit commun et en droit de la consommation, est-elle de nature à faire échec à l'examen d'une clause relative au contrôle de l'exécution forcée ?

783. Récemment, un auteur a soutenu que l'exclusion présentée « rend en outre [l]es dispositions prohibant les clauses abusives inopérantes face à la clause d'exécution forcée à tout prix »¹³⁰⁴. Pour justifier la solution, il précise que « [l]orsqu'il refuse d'exécuter son obligation dont l'exécution est devenue onéreuse, soit en raison d'un événement imprévisible dont il accepte d'en assumer le risque, soit en raison d'une mauvaise exécution de l'obligation dont il a également accepté d'en assumer le coût, et qu'il reproche à la clause d'exécution forcée à tout prix d'instaurer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, le débiteur conteste l'adéquation du prix convenu au coût de la prestation qu'il doit exécuter »¹³⁰⁵. La clause garantissant l'exécution forcée, à l'instar d'une clause évoquant le prix de la prestation, fixerait ainsi l'équilibre financier du contrat qu'il s'agit de respecter en éloignant le contrôle des clauses abusives du droit commun et du droit de la consommation.

¹³⁰⁴ G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, op. cit., n° 435, p. 578.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, note 97 (nous soulignons).

784. Bien que séduisant, le raisonnement est discutable en ce qu'il repose sur une appréhension erronée de la clause d'exécution forcée à tout prix. Cette dernière se désintéresse du rapport entre le coût de la prestation et le prix convenu par les parties, rapport qui fixe *ab initio* l'équilibre financier du contrat ou sa rentabilité économique pour le débiteur. En vérité, la clause d'exécution forcée à tout prix a trait, puisqu'il s'agit de faire référence aux termes de l'articles 1221 du Code civil, au rapport entre le coût nécessaire pour parfaire la prestation inexécutée et l'intérêt qui existe à parfaire cette prestation. Dans ce cadre, même si la rentabilité économique du contrat pour le débiteur est envisagée dans une perspective dynamique, le prix fixé par le contrat pour la prestation promise n'est guère pertinent. Une différence de nature se fait donc jour entre la clause qui intéresse l'équilibre financier du contrat et celle d'exécution forcée à tout prix, la première concernant davantage le moment de la conclusion du contrat et visant à préserver le principe de validité des contrats lésionnaires. Le constat d'une telle différence importe : l'exclusion du domaine de la lutte des clauses abusives évoquée par le second alinéa de l'article 1171 du Code civil et le troisième alinéa de l'article L. 212-1 du Code de la consommation est conçue comme une exception au contrôle des clauses. Or, toute exception s'interprétant restrictivement, il n'est guère envisageable d'étendre l'exclusion précitée à une clause qui n'a pas trait à l'adéquation entre le prix et la prestation convenus. Admettre la solution inverse opérerait un recul de la protection conférée aux consommateurs et aux parties à un contrat d'adhésion, un tel mouvement étant moins à l'ordre du jour que celui d'un renforcement de cette protection. Au-delà, cette solution devrait être étendue, comme le suggère l'auteur dans son explication, aux clauses qui viennent exclure la révision pour imprévision envisagée à l'article 1195 du Code civil. Or, ceux qui admettent la validité de telles clauses s'accordent également sur leur soumission au contrôle des clauses abusives¹³⁰⁶. En définitive, il faut admettre que la clause qui entend déroger au contrôle de l'article 1221 du Code civil est susceptible d'être soumise aux mécanismes visant à lutter contre les clauses abusives.

785. Difficulté à identifier le critère du caractère abusif de la clause.- Dès lors qu'il est acquis qu'une clause est susceptible d'être déclarée abusive, comment faire le départ entre une clause licite et une clause illicite ? Si les articles 1171 du Code civil,

¹³⁰⁶ V. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 439 et s.

L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-1 du Code de commerce ne procèdent pas d'une logique identique, ils s'accordent pour considérer que dans les contrats qui leurs sont soumis, doit être déclarée abusive la clause qui crée « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Cette relative communauté est utile pour l'observateur qui peut, dans une certaine mesure, emprunter une solution admise dans le cadre d'un mécanisme pour l'appliquer à un autre. Le *Rapport au Président de la République* a d'ailleurs relevé la relation entre les articles 1171 et L. 212-1 précités quant à l'appréciation du déséquilibre significatif¹³⁰⁷, imitant quelque peu le Conseil constitutionnel qui avait tissé un lien similaire entre l'ancien article L. 446-2 du Code de commerce et le texte du droit de la consommation¹³⁰⁸. Au regard de l'expérience accumulée dans cette dernière matière, c'est donc vers elle que le regard semble devoir se tourner pour identifier ce que recouvre le standard du déséquilibre significatif. Le recul du droit de la consommation permet de faire apparaître des critères du déséquilibre significatif également – après adaptation – pour les autres matières : dérogation par rapport à une règle supplétive, avantage uniquement consenti au professionnel, prérogative octroyée au seul professionnel, restriction des droits du consommateur ou non-professionnel, etc.¹³⁰⁹ Pour être utiles, ces critères ne permettent pas d'assurer une sécurité juridique suffisante, d'autant qu'à lire l'article L. 212-1 du Code de la consommation, l'appréciation du caractère abusif d'une clause nécessite de se référer « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat », ce qui accroît la casuistique de l'appréciation judiciaire. Pour rompre quelque peu avec ce phénomène d'incertitude quant à l'identification des clauses abusives, le législateur a procédé lui-même à cette identification dans certaines des lois qu'il adopte, en confiant au pouvoir réglementaire le soin d'établir des listes de clauses présumées – de manière simple ou irréfutable – abusives, ou encore en donnant certaines prérogatives à la Commission des clauses abusives¹³¹⁰. Ces listes et les recommandations de la Commission des clauses abusives viennent rejoindre l'expérience prétorienne afin de

¹³⁰⁷ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 20 : « Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ».

¹³⁰⁸ Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *D.* 2011, p. 415, note Y. Picod ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. Fages ; *JCP E* 2011, 1136, note D. Mainguy. *Adde* G. Chantepie, « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* 2018, 1336.

¹³⁰⁹ Sur ces critères, v. not. C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, LGDJ, 2018, préf. L. Leveneur, n° 391 et s., p. 263 et s. *Adde* S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, préf. N. Ferrier.

¹³¹⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 447, p. 515.

constituer un recueil également mobilisable pour l'application des mécanismes visés par le Code civil et le Code de commerce.

786. Interrogations autour du caractère abusif des clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée.- Une fois brièvement aperçu ce qu'il faut entendre par déséquilibre significatif, il convient de déterminer dans quelle mesure les clauses ayant trait au contrôle de l'exécution forcée, qu'elles évincent ou aménagent ce contrôle, peuvent être déclarées abusives. Si la typologie de ces clauses permet de répondre plus précisément à cette question¹³¹¹, il est possible d'en considérer dès à présent les grands axes en formulant quelques remarques.

787. La première de ces remarques est relative aux listes énonçant les clauses présumées abusives dans les contrats de consommation, mais qui sont également utiles à celui qui entend mettre en œuvre les articles 1171 et L. 442-1 précités. Il faut le rappeler, ces listes indiquent de manière plus ou moins certaine si telle ou telle clause est abusive. Pour celui qui entend déterminer si une clause, concernant par exemple le contrôle de l'exécution forcée, est abusive, il est donc intéressant de se tourner en premier vers les listes précitées. Rapidement, toutefois, il faut remarquer qu'elles n'envisagent pas l'hypothèse d'un aménagement contractuel du contrôle de l'exécution forcée. Le constat n'est pas surprenant : d'une part, la réforme du droit des contrats n'a pas été l'occasion de la mise à jour de ces listes ; d'autre part, le caractère impératif du contrôle de l'exécution forcée retenu par la quasi unanimité de la doctrine a évincé toute réflexion quant au contrôle des clauses relatives à ce contrôle. Toutefois, le caractère supplétif de l'exception à l'exécution forcée ouvre la voie à un potentiel aménagement contractuel dans les contrats de consommation : le professionnel, s'il ne voudra pas exclure le contrôle puisqu'il est par hypothèse le débiteur de l'obligation autre que de payer une somme d'argent, aura la possibilité de l'aménager en sa faveur afin d'échapper plus aisément à l'exécution forcée. Dans ce cadre, les listes de clauses abusives pourraient finalement retrouver une certaine pertinence si l'aménagement en cause s'approche d'une hypothèse envisagée par elles. Par exemple, si le professionnel insère dans l'accord une clause qui entend renverser la charge de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée¹³¹², il sera possible de faire

¹³¹¹ V. *infra*, n° 790 et s.

¹³¹² Sur l'attribution de la charge de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, v. *supra* n° 622 et s.

appel à l'article R. 212-1 du Code de la consommation disposant qu'est présumée abusive, de manière irréfragable, la clause « [i]mpos[sant] au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat » (12°).

788. La seconde remarque concerne un critère habituellement mobilisé pour déterminer si une clause est abusive : la dérogation à la règle supplétive¹³¹³. À suivre ce critère à la lettre, toute clause qui dérogerait à une règle supplétive serait abusive. Ainsi, dans un contrat soumis à l'un des outils de lutte contre les clauses abusives, toute clause relative au contrôle de l'exécution forcée qui dérogerait au cadre fixé par l'article 1221 du Code civil devrait être regardée comme abusive. Bien qu'il soit parfois mobilisé par les juges, le critère étudié doit voir sa portée limitée, sauf à vouloir trop sacrifier la liberté contractuelle sur l'autel de la justice contractuelle. Pour cette raison, certains auteurs ont proposé de limiter la sanction de la dérogation aux règles supplétives lorsque cette dérogation entraîne une véritable négation des droits de la partie à qui est imposée la clause, peu importe que la négation soit directe ou indirecte¹³¹⁴. Dans le cadre de la présente étude, la précision est particulièrement utile : serait abusive la clause qui exclurait directement ou indirectement – notamment en fixant des conditions trop sévères – la possibilité pour le débiteur d'opposer au créancier le caractère manifestement disproportionné de l'exécution forcée. Si la précédente formule fournit une aide précieuse, un *caveat* s'impose au regard de l'empirisme qui doit perdurer dans l'identification prétorienne des clauses abusives : au lieu d'une approche clause par clause, les juges pourraient privilégier une approche prenant en compte l'ensemble des caractéristiques du contrat, notamment l'existence d'une contrepartie juridique ou financière, pour décider de l'existence du déséquilibre significatif. La clause relative au contrôle de l'exécution forcée permettant une répartition des risques entre les parties, c'est cette dernière approche qui devrait être privilégiée. Par exemple, dans un contrat soumis à l'article 1171 du Code civil ou à l'article L. 442-1 du Code de commerce, il est difficile de conclure à l'existence d'un déséquilibre significatif si la clause excluant le contrôle de la disproportion manifeste – clause qui bénéficie au créancier – est contrebalancée par la stipulation d'un prix plus élevé que la pratique habituelle – prix qui bénéficie au débiteur privé de l'exception de l'article 1221 du Code civil. Finalement, il est

¹³¹³ Sur l'exposé et la critique de ce critère, v. not. C.-M. Pégion-Zika, *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 467 et s., p. 308 et s.

¹³¹⁴ *Ibid.*, n° 475 et s., p. 312 et s.

compliqué de savoir *in abstracto* si une clause relative au contrôle de l'exécution forcée pourra être déclarée abusive par le juge car source d'un déséquilibre significatif entre les parties.

789. Conclusion.- Les parties au contrat ont-elles la possibilité d'intégrer dans leur accord une clause qui viendrait exclure ou aménager le contrôle de l'article 1221 du Code civil ? Il faut répondre par l'affirmative en raison de l'application du principe de la supplétivité des règles légales en matière contractuelle, principe qui n'est pas démenti ici malgré les arguments avancés par certains. Toutefois, les parties ne disposent pas d'un blanc-seing et les clauses qu'elles envisagent d'insérer dans le contrat demeurent soumises aux outils visant à lutter contre les clauses abusives. S'il est désormais acquis que les parties peuvent stipuler des clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée, il est nécessaire de détailler ces clauses en envisageant leur typologie.

B) LA TYPOLOGIE DES CLAUSES RELATIVES AU CONTROLE DE L'EXECUTION FORCEE

790. Une fois acquise la possibilité pour les parties d'insérer des clauses relatives au contrôle visé à l'article 1221 du Code civil, il s'agit d'envisager les orientations que peuvent prendre de telles clauses. Si la pratique contractuelle pourra préciser ces orientations, les parties auront à l'esprit l'exclusion (1) ou l'aménagement (2) du contrôle de l'exécution forcée.

1) L'exclusion du contrôle de l'exécution forcée

791. Retour volontaire au droit antérieur à la réforme du droit des contrats.- Les parties au contrat peuvent décider d'exclure purement et simplement le contrôle de l'exécution forcée. Il s'agit pour elles de revenir à l'état du droit antérieur à la réforme du droit des contrats, lorsque le juge ne pouvait s'immiscer – sauf impossibilité – dans le choix de la sanction opérée par le créancier victime de l'inexécution. Lors de la négociation du contrat, le créancier peut vouloir insérer une telle clause afin de s'assurer de l'obtention de la prestation, même si la sanction consécutive à l'inexécution coûte bien davantage à son débiteur qu'il ne lui procure satisfaction. Le débiteur, quant à lui, peut ne pas vouloir s'opposer à l'insertion d'une telle clause afin d'exiger un prix plus élevé au créancier, la

clause jouant alors le rôle de garantie de parfaite exécution, ou simplement afin de bénéficier d'un avantage commercial sur ses concurrents¹³¹⁵. Il reste à voir les formes que peut prendre cette volonté d'exclure le contrôle de l'article 1221 du Code civil.

792. Exclusion explicite du contrôle de l'exécution forcée.- L'exclusion de la nouvelle exception à l'exécution forcée peut procéder d'une clause qui vient explicitement exclure le contrôle de l'article 1221 du Code civil. Cette clause est susceptible d'adopter une approche objective en visant – pour l'exclure – le texte précité ou bien tout contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée¹³¹⁶. Cette clause d'exclusion peut également, mais la différence est minime, présenter une tournure davantage subjective en envisageant le contrôle dans la perspective des parties au contrat. Ainsi, la clause préciserait qu'en cas d'inexécution, le débiteur doit s'exécuter peu importe le coût que représente pour lui cette sanction, ou encore que le créancier a le droit d'exiger de l'autre partie l'exécution forcée peu importe son intérêt pour cette sanction.

793. Ces clauses, sans nuances, ont trait à l'exécution forcée et entendent conforter conventionnellement cette sanction fragilisée par la réforme du droit des contrats. En les stipulant, les parties ne font qu'user de leur liberté contractuelle qui est susceptible de s'épanouir ici en raison du caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée¹³¹⁷. Néanmoins, il faut garder à l'esprit les précédents développements relatifs à la lutte contre les clauses abusives. Les clauses de contrats d'adhésion qui excluraient le contrôle de proportionnalité de l'exécution sont les plus susceptibles – sans l'être assurément – d'être déclarées abusives en ce qu'elles entraînent une négation du droit du débiteur de solliciter la mise en œuvre du contrôle de l'article 1221 du Code civil¹³¹⁸.

794. Exclusion implicite du contrôle de l'exécution forcée.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée peut-il être exclu implicitement ? Certains

¹³¹⁵ *Adde* Th. Genicon, « Conjurer la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », préc., spéc. n° 24.

¹³¹⁶ Par exemple, les parties peuvent insérer une clause ainsi formulée : « En cas d'inexécution du contrat par l'une des parties, l'autre partie peut demander au juge l'exécution forcée du contrat lorsque celle-ci est possible, sans que l'autre partie ne puisse exciper de la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour elle et l'intérêt de l'exécution forcée pour l'autre partie ».

¹³¹⁷ V. *supra* n° 770 et s.

¹³¹⁸ V. *supra* n° 788 et s.

éléments du contrat qui ne concernent pas directement la sanction *in specie* peuvent-ils être mobilisés pour admettre l'exclusion du contrôle de l'article 1221 du Code civil ? Lorsque les parties privent explicitement le juge de ce contrôle, il s'agit pour elles d'opérer une répartition des risques, le débiteur acceptant de fournir la prestation promise même s'il existe une disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée¹³¹⁹. Il est alors tentant de voir une exclusion du contrôle de l'exécution forcée à chaque fois que le débiteur renonce à évoquer le coût de la prestation pour y échapper.

795. En premier lieu, il faut s'interroger sur le contrat à forfait¹³²⁰. Dans le contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage est tenu du paiement d'un prix dont la fixation peut intervenir de diverses manières¹³²¹. L'une d'entre elles est le marché à forfait : le prix est fixé globalement en amont de la prestation et est intangible. Alors même que la réalisation de la prestation se révélerait bien plus coûteuse que prévue pour l'entrepreneur, celui-ci ne peut exiger une révision du prix. La seule situation où une augmentation du prix est envisageable est celle des travaux supplémentaires demandés par le maître de l'ouvrage, lesquels sont entendus strictement : « tout ce qui est nécessaire à la correcte exécution du *travail convenu* est inclus dans le forfait ; n'est un travail supplémentaire que ce qui procure une amélioration ou une extension du résultat »¹³²². La stipulation d'un forfait par les parties témoigne ainsi de leur volonté de faire peser sur l'entrepreneur les risques liés à la réalisation de la prestation conformément à l'accord initial : « le marché à forfait met à la charge de l'entrepreneur les *aléas* de l'exécution »¹³²³. Le constat conduit à la question suivante : l'utilisation du forfait peut-elle avoir une incidence sur le contrôle de l'exécution forcée ? Il est possible de voir dans cette utilisation une répartition des risques qui ne serait pas perturbée par l'inexécution du contrat et qui devrait, par conséquent, s'étendre à l'exécution forcée. Autrement dit, l'entrepreneur qui s'est engagé à exécuter son obligation pour le meilleur et pour le pire – une augmentation du coût de la prestation – ne pourrait pas se plaindre d'une éventuelle disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction, puisqu'il a renoncé à exciper de son coût pour modifier le contrat. Le

¹³¹⁹ En ce sens, v. not. Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », préc., spéc. p. 42.

¹³²⁰ Sur la question, v. not. M. Lagelée-Heymann, *Le contrat à forfait*, IRJS, 2016, préf. L. Aynès.

¹³²¹ Sur la fixation du prix dans le contrat d'entreprise, v. not. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 568 et s., p. 400 et s.

¹³²² *Ibid.*, n° 569, p. 400 (l'auteur souligne).

¹³²³ *Ibid.*, n° 568, p. 400 (l'auteur souligne).

raisonnement qui précède doit être écarté en considérant le fondement de l'intangibilité du forfait qui n'est guère original. Si l'entrepreneur ne peut demander une révision du prix pour répondre à une augmentation du coût de la prestation, c'est en application de l'article 1103 du Code civil qui consacre en droit commun la force obligatoire du contrat¹³²⁴. Le constat fait quelque peu perdre au forfait son originalité, car l'intangibilité de la prestation concerne, en définitive, tous les contrats. Or la force obligatoire n'est pas sortie indemne de la récente réforme du droit des contrats : l'article 1221 du même Code civil est venu ajouter une exception à la sanction qui défend le mieux la force obligatoire en cas d'inexécution. Dès lors, il peut être considéré que cette redéfinition de la force obligatoire doit être étendue à la question du forfait : dans l'exécution, l'entrepreneur doit réaliser la prestation, peu importe son coût ; dans l'inexécution, l'entrepreneur doit réaliser la prestation, sauf s'il existe une disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée. Les parties qui inscrivent leur contrat dans le cadre du forfait adhèrent à cette vision renouvelée de la force obligatoire, de sorte que leur volonté ne peut être interprétée comme celle d'un renoncement à toute invocation du coût de la prestation. Ainsi, dans un contrat à forfait, l'entrepreneur – débiteur – n'assume pas le risque de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et peut donc valablement opposer au créancier cette disproportion afin d'échapper à la sanction *in specie* de l'inexécution. Faut-il voir dans cette conclusion un risque d'instrumentalisation de la part de l'entrepreneur qui, constatant que l'exécution de la prestation sera trop coûteuse, commet une inexécution intentionnelle pour tenter sa chance au jeu du contrôle de l'exécution forcée ? La condition de bonne foi du débiteur, dont il sera question plus tard¹³²⁵, permet d'éviter cette instrumentalisation : l'entrepreneur décrit dans la précédente situation est de mauvaise foi et ne pourra pas obtenir du juge qu'il écarte l'exécution forcée en cas de disproportion manifeste de la sanction – la caractérisation d'une telle disproportion n'étant guère aisée, au demeurant. Les développements qui précèdent perdent-ils de leur pertinence lorsqu'il s'agit d'envisager le marché à forfait en matière de construction immobilière, et non plus le marché à forfait de droit commun ? La réponse négative pourrait être privilégiée au regard de l'article 1793 du Code civil qui reprend le principe de l'intangibilité du forfait en

¹³²⁴ En ce sens, v. not. *Ibid*, n° 568, p. 400 : « Mais la technique du forfait ne se limite pas [au domaine de la construction immobilière] : elle est applicable en toutes matières et, *faute de texte spécial, est alors gouvernée par le droit commun de l'interprétation et de la force obligatoire des contrats* » (nous soulignons).

¹³²⁵ V. *infra* n° 826 et s.

ajoutant une exigence probatoire particulière pour la commande de travaux supplémentaires¹³²⁶. Le texte confie à l'intangibilité du forfait dans cette matière une autonomie qui pourrait la préserver de l'évolution constatée en droit commun. Le raisonnement a fait son chemin dans l'*Offre de réforme du droit des contrats spéciaux* rédigé par l'Association Henri Capitant, son article 86 précisant pour les contrats de construction immobilière que « [l]e constructeur qui s'est chargé de la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage d'après un plan arrêté et convenu avec le client et moyennant un prix forfaitaire, doit, nonobstant les termes des articles 1195 et 1221 du présent code, réaliser l'ouvrage ou la partie d'ouvrage prévu au prix convenu, quels que soient les aléas ou difficultés rencontrés »¹³²⁷. Le texte proposé est ainsi plus ambitieux que celui évoqué dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux préparé par la Chancellerie en 2022, l'article 1793 du Code civil tel qu'issu de cet avant-projet n'étant pas différent de celui actuellement en vigueur. Sans attendre cette éventuelle réforme du droit des contrats spéciaux, d'aucuns ont considéré que l'adage *specialia generalibus derogant* consacré à l'article 1105 du Code civil conduirait à exclure le contrôle de l'exécution forcée en cas de recours à un forfait : l'entrepreneur dans un marché à forfait ne peut évoquer le coût de la prestation pour réviser l'accord initial et, par conséquent, ne peut prétexter de la disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée pour ne pas respecter son engagement¹³²⁸. Néanmoins, il s'agit d'une application erronée de l'adage, ce qui justifie que la question n'ait pas été traitée au moment de l'articulation du contrôle de l'article 1221 du Code civil avec les dispositions du droit spécial. En effet, si la règle spéciale est capable d'évincer la règle générale, c'est à la condition qu'existe entre les règles une antinomie, laquelle suppose au préalable une communauté ou une identité d'objet entre les règles confrontées¹³²⁹. Or, il est difficile de voir entre les articles 1221 et 1793 du Code civil une quelconque communauté ou identité d'objet : alors que le

¹³²⁶ Art. 1793 C. civ. : « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ».

¹³²⁷ Dans sa version de 2020, l'article 86 ne fait plus état de cette exclusion. Sur la disposition dans sa version de 2017, v. not. M. Faure-Abbad, « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI* 2017, p. 5702, spéc. n° 30 et s. ; B. Ménard, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de service à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *RTD civ.* 2019, p. 263.

¹³²⁸ En ce sens, v. not. Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction, op. cit.*, n° 401.61, p. 1113.

¹³²⁹ V. *supra* n° 734.

premier texte évoque le contrôle de la sanction *in specie* de l'inexécution du contrat, le second texte a trait à l'impossibilité pour l'entrepreneur, au moment de l'exécution du contrat, d'exiger une revalorisation du prix sous le prétexte d'une augmentation du coût de la prestation¹³³⁰. Par conséquent, en cas d'inexécution du contrat de construction immobilière conclu avec un forfait, le créancier pourra exiger du débiteur l'exécution forcée du contrat, et ce même débiteur – qui s'était engagé à ne pas demander une révision du prix lors de l'exécution du contrat – pourra lui opposer la disproportion manifeste du coût de la sanction de l'inexécution demandée par rapport à l'intérêt qu'elle procure. L'absence d'antinomie entre les articles 1221 et 1793 du Code civil permet ainsi de retomber, en l'accentuant, sur le raisonnement mené pour le forfait de droit commun : l'entrepreneur qui s'engage dans un marché à forfait consent à supporter les risques liés à l'exécution du contrat, tout spécialement une augmentation du coût de la prestation, en ne demandant pas une revalorisation du prix dû, mais ne s'engage pas à procéder à l'exécution forcée lorsque son coût est manifestement disproportionné. Une nouvelle fois, la solution n'est pas de nature à favoriser les comportements opportunistes de l'entrepreneur puisque l'article 1221 du Code civil exige du débiteur qu'il soit de bonne foi pour bénéficier du contrôle de la sanction. Ainsi, lorsque des parties s'engagent dans un contrat dont le prix

¹³³⁰ Rapp. de l'hypothèse de la relation entre les articles 1124 al. 2 et 1221 du Code civil. *Prima facie*, il est possible de se demander s'il existe un besoin d'articulation entre les deux dispositions : alors que la première évoquerait l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de contracter, la seconde traiterait de l'exécution forcée pour tout contrat inexécuté. Faut-il soumettre la promesse unilatérale de contracter au contrôle de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil ? Au stade de l'*application* du contrôle, il est difficilement envisageable que celui-ci aboutisse au rejet de l'exécution forcée de la promesse : outre le fait que la disproportion manifeste sera difficilement caractérisée (l'intérêt du créancier correspondra à tous les avantages qu'il associe au fait de conclure le contrat promis, alors que le coût de l'exécution forcée pour le débiteur sera nul car il lui suffira de conclure le contrat promis), il faut très certainement admettre que le débiteur qui refuse de conclure le contrat promis est de mauvaise foi car il commet une inexécution volontaire du contrat. Même au stade l'*articulation* du contrôle de l'article 1221 du Code civil avec le texte particulier à la promesse unilatérale de contracter, cadre qui intéresse le présent propos, il est très incertain que le besoin d'articulation existe en vérité car il n'y a pas de communauté d'objet entre les deux textes. L'article 1221 du Code civil, disposition commune à tous les contrats, envisage la sanction *in specie* de l'inexécution, alors que l'article 1124 al. 2 du Code civil n'évoque pas l'inexécution de la promesse mais bien plutôt la révocation de la promesse qu'elle prive d'effet, de sorte qu'aucune inexécution ne saurait ici exister (rapp. H. Barbier, « La jurisprudence "Consorts Cruz" est morte, vive la clause "Consorts Cruz" ! », *RTD civ.* 2021, p. 630 : « En effet, qui dit exécution forcée de la promesse dit défaillance préalable du promettant. Or, justement, la rétractation de celui-ci est inefficace nous dit le texte [spécial]. Voudrait-il se rétracter qu'il ne le pourrait pas. Le promettant rétractant ne saurait donc être considéré comme un contractant défaillant puisqu'il n'y a pas d'inexécution de la promesse à proprement parler »). Pour assurer l'application du contrôle de l'exécution forcée à la promesse unilatérale de contracter, il n'est donc pas nécessaire de procéder à un découpage de l'article 1221 du Code civil visant à faire du contrôle précité une règle spéciale de même valeur que celle de l'article 1124 al. 2 du Code civil, règle spéciale qui l'emporterait malgré tout car elle serait une règle spéciale dérogoire (N. Balat, « A propos du nouveau droit commun des contrats », préc., spéc. p. 35 et s.).

est fixé en application de la technique du forfait, elles n'expriment pas une volonté implicite d'exclure le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

796. En second lieu, il faut s'interroger sur les clauses relatives à la révision pour imprévision. Peuvent-elles être invoquées par le créancier comme une exclusion implicite du contrôle de l'exécution forcée ? La possibilité d'écarter le processus de l'article 1195 du Code civil par une clause ayant déjà été présentée¹³³¹, il suffit de rappeler que cette clause conduit le débiteur à assumer le risque d'une augmentation du coût de l'exécution de sa prestation du fait d'un événement imprévisible. Or, la lettre du texte précité soumet le jeu de la révision pour imprévision à une condition négative : le débiteur ne doit pas avoir accepté d'assumer le risque de l'excessive onérosité de sa prestation. Une nouvelle fois, il convient de se demander si le débiteur qui s'engage à réaliser sa prestation, peu important un surcoût consécutif à un événement imprévisible, s'engage, par là même, à procéder à l'exécution forcée peu important l'existence d'une disproportion manifeste entre son coût et son intérêt ? Les développements relatifs au forfait invitent à formuler la réponse en restituant tout son sens à la volonté des parties et à ne pas s'arrêter au fait qu'il existe dans les deux cas une acceptation des risques de la part du débiteur. Lorsque les parties s'accordent pour écarter la révision pour imprévision envisagée par l'article 1195 du Code civil, elles renouent avec une approche relativement orthodoxe de la force obligatoire ; elles procèdent à un retour à l'état du droit antérieur à la réforme du droit des contrats. Il y a ici un potentiel rapprochement avec la clause qui vise à exclure le contrôle de l'exécution forcée – et un éloignement par rapport à celle qui fixe un forfait – car cette exclusion procède également à un retour au strict respect de la prestation prévue par le contrat. Autrement dit, les clauses qui écartent les articles 1195 et 1221 du Code civil expriment une volonté des parties de rejeter une force obligatoire relâchée, respectivement en cas d'événement imprévisible rendant l'exécution excessivement onéreuse ou en cas de disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée. Néanmoins, force est de constater qu'il existe une différence de nature entre la volonté qu'exprime une clause écartant la révision pour imprévision et celle que renferme une clause qui empêche le juge d'exercer le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cette différence procède du fait que les deux tempéraments à la force obligatoire ne correspondent pas aux

¹³³¹ V. *supra* n° 773.

mêmes situations¹³³². Pour la clause relative à la révision pour imprévision, le débiteur s'engage à poursuivre l'inexécution même si le coût de la prestation devient, à la suite d'un événement imprévisible, démesuré par rapport à celui envisagé initialement. Pour la clause relative au contrôle de l'exécution forcée, le débiteur s'engage à corriger l'inexécution même si l'intérêt du créancier pour cette sanction est dérisoire par rapport au coût de la correction. Les termes de l'équation sont différents d'une clause à l'autre et ce serait déformer la volonté des parties que d'assimiler les deux clauses envisageant des problématiques bien différentes. Finalement, comme pour la stipulation d'un forfait au sein du contrat, celle d'une clause écartant le jeu de la révision pour imprévision ne signifie pas que le contrôle de l'exécution ne pourra être mené.

797. En définitive, la nouvelle limite à l'exécution forcée envisagée par l'article 1221 du Code civil peut faire l'objet d'une exclusion de la part des parties au contrat. Une telle exclusion est nécessairement explicite et prend la forme d'une clause qui a trait à l'exécution forcée, laquelle permettrait au contrat de renouer avec l'état du droit antérieur à la réforme de la matière. L'hypothèse d'une exclusion implicite de l'exception est plus douteuse. En effet, s'il est possible de trouver des situations où le débiteur assume le risque d'une augmentation du coût de sa prestation, il n'est guère possible de déceler dans ces situations une volonté équivalente à celle du débiteur qui écarte le bénéfice du contrôle de l'exécution forcée.

2) L'aménagement du contrôle de l'exécution forcée

798. Précision de certains aspects du contrôle de l'exécution forcée.- Au lieu de vouloir exclure dans sa globalité le contrôle évoqué par l'article 1221 du Code civil, les parties peuvent décider d'aménager sa mise en œuvre afin d'en accroître la prévisibilité. Cette retouche partielle du mécanisme légal présente divers intérêts. D'abord, les termes de la négociation de ces aménagements ne sont pas les mêmes que ceux d'une clause excluant dans son ensemble le contrôle de l'exécution forcée : le créancier qui entend assurer davantage l'obtention de la prestation paiera moins cher une modification partielle du régime en sa faveur qu'une exclusion totale du contrôle ; le débiteur qui ne souhaite pas abandonner totalement le contrôle de l'exécution forcée tout en rassurant l'autre partie sur

¹³³² V. *supra* n° 712 et s.

la probabilité d'obtenir la prestation en cas d'inexécution peut, quant à lui, préférer un aménagement partiel dudit contrôle. Ensuite, une clause qui aménage certains aspects de la nouvelle prérogative judiciaire est moins susceptible d'être qualifiée d'abusives puisqu'elle n'entraîne pas, *a priori*, une négation du droit du débiteur d'exciper de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. La précédente remarque n'est plus valide lorsque l'aménagement partiel fait qu'en pratique le contrôle ne pourra jamais aboutir au rejet de la demande en exécution forcée formulée par le créancier.

799. Présentation et discussion de l'utilité de la clause dite « d'intention ».-

Avant de présenter les clauses qui permettent d'aménager efficacement le contrôle de l'article 1221 du Code civil, il convient de revenir sur la clause dite « d'intention ». Certains auteurs, tout en retenant l'impérativité du contrôle de l'exécution forcée¹³³³, ont admis que les parties peuvent insérer dans leur accord une « clause d'intention »¹³³⁴. Cette dernière serait celle « par laquelle le créancier va clairement indiquer que l'exécution forcée en nature est pour lui déterminante de son engagement, essentielle à son engagement et qu'il attache un "intérêt particulier" à ce que l'obligation soit exécutée en nature »¹³³⁵. Par exemple, dans un contrat portant sur la construction d'une piscine aux dimensions olympiques, le créancier – un club sportif comptant des nageurs professionnels – pourrait déclarer son intérêt particulier d'obtenir la prestation promise car il doit disposer d'infrastructures permettant à ses sportifs de s'entraîner efficacement en vue des compétitions nationales et internationales. La déclaration d'intention du créancier, relative à son intérêt, devrait en principe paralyser le contrôle judiciaire¹³³⁶. Afin de surmonter l'évidente ambivalence de la position qui consiste à soutenir à la fois l'impérativité du contrôle et la possibilité de son aménagement, il a été soutenu que « l'abus de droit, qui fonde le contrôle qu'il est question d'évincer, ne constitue pas un obstacle absolu à toute dérogation conventionnelle »¹³³⁷. Ainsi, les parties pourraient « jouer sur les plateaux de la

¹³³³ Ce n'est pas la position adoptée dans la présente thèse, le contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil n'entretenant aucun lien avec la théorie de l'abus de droit (v. *supra* n° 431 et s.).

¹³³⁴ V. par ex. M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », préc., spéc. n° 13.

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ Même si le contrôle judiciaire est paralysé par la clause d'intention, il ne s'agit pas techniquement d'une exclusion du contrôle précité car seul l'un de ses termes est concerné : l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Il faut toutefois noter qu'une telle clause d'intention fait partie de ces clauses aménageant le contrôle de telle sorte qu'il est quasiment exclu, entraînant de fait une négation du droit du débiteur et s'exposant donc aux outils de lutte contre les clauses abusives.

¹³³⁷ G. Maire, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, *op. cit.*, n° 481, p. 629.

balance, en insistant sur l'indifférence, pour le débiteur du coût de l'exécution qu'il s'engage à assumer et/ou sur l'intérêt que le créancier retire de cette sanction »¹³³⁸.

800. Le raisonnement proposé, séduisant, n'emporte pas la conviction. Si l'impérativité du contrôle de l'exécution forcée était retenue par les juges, il est plus probable qu'ils ne laisseraient pas aux parties la possibilité d'exprimer une quelconque volonté vis-à-vis du contrôle envisagé. A quoi bon, sinon, retenir en premier lieu son impérativité ? Même si cet obstacle venait à être surmonté, il faut s'interroger sur les contours des aménagements que les parties peuvent proposer quant à un contrôle reposant sur la théorie de l'abus de droit. Lorsqu'il est fait référence à l'abus de droit de manière générale, il est envisageable que certains des aspects de ce contrôle puissent être précisés par les parties, certes. Toutefois, en va-t-il de même lorsqu'il n'est pas fait référence à l'abus de droit de manière générale, mais bien plutôt à une déclinaison de cet outil, une version précisée par le législateur ? Cela est moins évident car il est possible de penser qu'en se prononçant aussi spécifiquement, le législateur n'a pas entendu laisser une marge de manœuvre aux parties. Ce raisonnement pourrait être suivi pour le contrôle de l'exécution forcée s'il est admis, contrairement à ce qui est soutenu dans la présente thèse¹³³⁹, que ce contrôle entretient une relation avec la théorie de l'abus de droit. Ce contrôle serait effectivement une déclinaison de la théorie de l'abus de droit comme l'indique le *Rapport au Président de la République*, l'article 1221 du Code civil n'invitant pas le juge à apprécier le caractère abusif *lato sensu* de la demande du créancier, mais bien plutôt à déterminer si sa demande est abusive *car* porteuse d'une disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de la sanction. En somme, il faudrait voir dans la précision du législateur un repoussoir pour les clauses aménageant le contrôle judiciaire. Contrairement à ce qui est soutenu par certains, il ne serait donc pas possible de stipuler une clause d'intention relative à l'exécution forcée s'il est admis que le contrôle de l'article 1221 du Code civil relève de la théorie de l'abus de droit et qu'il est donc impératif.

801. *Quid* de l'utilité de la clause d'intention d'exécution forcée si la supplétivité du contrôle de l'article 1221 du Code civil est admise, comme cela devrait être le cas¹³⁴⁰ ? Dans cette hypothèse, la clause d'intention présente une efficacité douteuse. En effet, alors

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 630.

¹³³⁹ V. *supra* n° 431 et s.

¹³⁴⁰ V. *supra* n° 771 et s.

que l'aménagement contractuel vise à augmenter la prévisibilité du contrôle judiciaire, cette clause ne permet pas d'atteindre cet objectif. Cela s'explique par le fait que la clause d'intention s'intègre mal dans le raisonnement adopté par le juge qui effectue le contrôle de l'exécution forcée. Quelle utilité présente une clause qui se contente de préciser que le créancier a un intérêt particulier à ce que la prestation soit réalisée en nature lorsque le juge recherche les avantages que le créancier associe au fait d'obtenir cette prestation *et* leur valorisation ? Au vrai, la clause d'intention reste au milieu du gué : elle indique que le créancier a un intérêt particulier pour l'exécution forcée mais ne procède pas à l'exclusion du contrôle, comme cela est pourtant permis¹³⁴¹ ; elle précise que le créancier a un intérêt particulier pour l'exécution forcée sans chercher à identifier les avantages qu'il associe à la prestation promise ou la valorisation de ces avantages, comme cela est pourtant autorisé¹³⁴². Ainsi, la clause d'intention précisant simplement l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne semble guère efficace pour aménager le contrôle de l'exécution forcée. Il ne faut toutefois pas trop promptement critiquer les réflexions qui ont trait à la clause d'intention car l'inefficacité de la clause est due au fait qu'elle a été imaginée en ayant une image erronée du contrôle de l'article 1221 du Code civil.

802. Aménagements relatifs aux termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil : généralités.- Afin d'aménager efficacement le contrôle de l'exécution forcée, il vaut mieux imaginer des clauses en ayant à l'esprit le raisonnement à adopter pour mettre en œuvre le contrôle. Ici, parallélisme rime avec efficacité. Pour cette raison, les parties devraient insérer dans leur accord des clauses relatives aux termes du rapport de proportionnalité évoqués par l'article 1221 du Code civil : l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et le coût de la sanction pour le débiteur. Les développements relatifs à l'appréhension normale de ces termes avaient montré qu'il existait entre eux une certaine dissymétrie : alors que l'intérêt du créancier faisait l'objet d'une approche subjective et donc large, le coût de la sanction pour le débiteur devait être entendu plus objectivement et donc restrictivement. L'aménagement contractuel des termes du rapport de proportionnalité pourrait donc être l'occasion de préciser cette tendance ou, à l'inverse, d'opérer une sorte de rééquilibrage. Si la liberté et la créativité contractuelles évincent ici

¹³⁴¹ V. *supra* n° 791 et s.

¹³⁴² V. *infra* n° 803 et s.

tout espoir d'exhaustivité, il est possible de s'essayer à la présentation de certains aménagements dans la perception de l'intérêt comme du coût de l'exécution forcée.

803. Aménagements relatifs aux termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil : l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.-

Concernant l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée, il convient de rappeler à titre liminaire qu'il s'agit de tous les avantages que l'obtention de la prestation permet de procurer au créancier, ces avantages devant être valorisés dans la perspective d'une comparaison avec le coût de la sanction¹³⁴³.

804. Assurément, il est un aspect de l'intérêt du créancier qui ne peut être aménagé par les parties : l'exigence que cet intérêt soit licite¹³⁴⁴. La préservation de la cohérence du système juridique impose que les parties ne puissent d'elles-mêmes autoriser le créancier à invoquer un avantage illicite dont il serait privé si la prestation ne lui était pas fournie.

805. Les autres aspects de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée se prêtent en revanche à des aménagements dont il faut présenter les grandes lignes avant de rentrer davantage dans les détails. En général, les aménagements contractuels pourront préciser les avantages que le créancier associe à la sanction ou la valorisation de ces avantages, voire les deux à la fois. La différence avec la clause d'intention examinée précédemment se situe dans le fait que l'aménagement ici étudié ne vise pas à paralyser le contrôle de l'exécution forcée, mais à orienter la démarche judiciaire, et qu'il s'intéresse potentiellement à la valorisation des avantages associés par le créancier à la sanction *in specie*. Plus encore, contrairement à la clause d'intention, l'aménagement contractuel de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne vise pas nécessairement à renforcer le droit à l'exécution forcée dont il jouit. En effet, l'appréhension normale de l'intérêt du créancier étant très large, la précision des avantages associés à la sanction peut parfois conduire à en exclure certains qui auraient pu être invoqués à défaut d'aménagement contractuel. Par exemple, une clause est susceptible de préciser que l'intérêt du créancier s'entend des avantages financiers qu'il associe à la prestation promise, à l'exclusion des avantages non-financiers ; alors que ces

¹³⁴³ V. *supra* n° 502.

¹³⁴⁴ V. *supra* n° 508 et s.

derniers ont en principe droit de cité, l'aménagement opère une restriction défavorable au droit à l'exécution forcée. Néanmoins, tout aménagement portant sur l'appréhension de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne vise pas nécessairement à fragiliser la sanction. Outre le fait que la précision des avantages peut être à vocation pédagogique – et non pas exclusive – si la clause le prévoit, la précision de la valorisation des avantages peut être favorable au créancier. Par exemple, l'aménagement peut prévoir que le montant de l'intérêt du créancier sera égal à la valorisation des avantages associés à la sanction avec une majoration de x %. En fin de compte, l'aménagement contractuel portant sur l'intérêt du créancier peut porter sur les avantages associés à la sanction *in specie* et sur leur valorisation afin de renforcer ou bien de relativiser le droit à l'exécution forcée du créancier.

806. Plus spécifiquement, l'aménagement contractuel relatif à l'intérêt du créancier peut se concentrer sur l'intérêt direct pour l'exécution forcée, c'est-à-dire les avantages les plus intimement et objectivement attachés à la prestation promise. La liberté contractuelle autorise ici de très nombreuses configurations. Ainsi, la clause peut identifier positivement, avec plus ou moins de précision et de manière plus ou moins exclusive, les avantages dont le créancier pourra se prévaloir. Par exemple, dans un contrat portant sur la fourniture et l'installation de lampes de culture pour plantes tropicales dotées d'un système de basse consommation énergétique, il peut être précisé que l'intérêt du créancier repose à la fois sur la chaleur produite par les lampes et leur efficacité énergétique telles que présentées dans le contrat. Négativement, la clause peut viser les avantages attachés à la prestation que le créancier ne peut invoquer dans la perspective du contrôle de l'exécution forcée. Par exemple, toujours dans le cadre du contrat relatif aux lampes de culture, une clause peut prévoir que le créancier ne peut se prévaloir de l'avantage tiré de l'efficacité énergétique des lampes. Une voie médiane entre ces deux options est la stipulation d'une tolérance vis-à-vis de l'inexécution : le créancier ne pourrait pas alors se prévaloir d'un avantage identifié si l'inexécution permet de lui fournir partiellement cet avantage. Pour reprendre l'exemple des lampes de culture, le contrat peut préciser que le créancier ne peut se plaindre de l'inefficacité énergétique des lampes à moins que l'écart entre ce qui est prévu par le contrat et ce qui est fourni soit supérieur à 10%.

807. L'aménagement contractuel relatif à l'intérêt du créancier peut également se concentrer sur l'intérêt indirect pour l'exécution forcée. Si le créancier est normalement capable d'invoquer le fait que la sanction *in specie* lui permet d'échapper à un événement préjudiciable – la sanction liée à un autre engagement contractuel qu'il a par ailleurs ou sanction consécutive à la violation d'une règle de droit –, une clause du contrat peut expliciter dans quelle mesure cet événement préjudiciable pourra être pris en compte. Cette clause peut préciser quel événement aura le droit de cité ou bien indiquer lequel ne pourra pas être invoqué, avec toujours cette possibilité de tracer entre les deux une sorte de voie médiane. Ainsi, pour continuer sur l'exemple des lampes de culture : s'il existe une réglementation exigeant que les installations présente un certain niveau d'efficacité énergétique sous peine d'amende administrative, une clause peut rappeler que le créancier peut se prévaloir de l'avantage tiré d'échapper à une sanction administrative du fait de l'inexécution du contrat ou, à l'inverse, indiquer que le risque de supporter cette sanction administrative ne peut être invoqué pour identifier l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Au-delà de l'événement préjudiciable, le créancier peut en principe invoquer l'occasion manquée s'il n'obtient pas la prestation promise. Encore une fois, le contrat peut indiquer avec plus ou moins de précision et de manière plus ou moins exclusive les occasions manquées dont le créancier peut se prévaloir. Par exemple, si le pépiniériste a commandé les lampes de culture car il négocie un marché relatif à une plante bien particulière nécessitant des lampes de culture avec une température précise et constante, il peut indiquer dans une clause que cette occasion manquée doit être prise en compte dans son intégralité alors que l'application normale du contrôle aurait nécessité qu'il démontre sa réalité et que soit appliquée la méthode retenue en matière de perte de chance. A l'inverse, le débiteur peut faire en sorte que soit précisé dans le contrat que le créancier renonce à se prévaloir des occasions manquées s'il n'obtient pas la prestation promise dans le contrat.

808. Si les parties sont susceptibles de désigner au sein de leur clause les avantages directs et indirects que le créancier peut invoquer, elles peuvent également – ou seulement – porter leur attention sur la valorisation de ces avantages. En effet, la logique quantitative du contrôle de l'exécution forcée fait qu'il est tout aussi important d'envisager les avantages recevables que leur valorisation. La clause peut alors indiquer au juge une méthode de calcul particulière pour évaluer l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée,

la méthode pouvant éventuellement servir à majorer ou minorer l'évaluation à laquelle le juge aurait abouti sans indications particulières. Une nouvelle fois, la liberté contractuelle devrait autoriser les parties à la plus grande créativité.

809. Les parties peuvent-elles faire en sorte que la question des autres sanctions de l'inexécution soit intégrée dans le contrôle de l'exécution forcée ? En principe, l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ne peut être identifié en examinant la possibilité qu'il soit satisfait par les autres sanctions de l'inexécution que l'exécution forcée¹³⁴⁵. Toutefois, rien n'empêche les parties d'insérer une clause qui dérogerait à la pratique normale du contrôle et qui laisserait donc la possibilité de relativiser l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée en raison de la possibilité qu'il a d'obtenir d'autres sanctions comme des dommages-intérêts, le remplacement du débiteur ou la réduction du prix. Par exemple, une clause pourrait restreindre l'intérêt indirect pour l'exécution forcée en refusant au créancier la possibilité d'invoquer les occasions bénéfiques manquées si ces occasions peuvent être obtenues en remplaçant le débiteur en application de la sanction de l'article 1222 du Code civil.

810. Aménagements relatifs aux termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil : le coût de l'exécution forcée pour le débiteur.- Concernant le coût de l'exécution forcée pour le débiteur, il faut rappeler qu'il s'agit du coût des mesures qui permettent de corriger l'inexécution de l'obligation, à l'exclusion du coût pour les tiers, du coût d'opportunité pour le débiteur dont la situation patrimoniale n'est pas non plus considérée¹³⁴⁶. L'appréhension légale de ce terme du rapport de proportionnalité étant particulièrement restrictive, les parties sont susceptibles d'en retenir une définition plus large dans leur contrat.

811. D'abord, le contrat est susceptible de prévoir que le coût de l'exécution forcée peut également s'entendre du coût de la sanction pour les tiers. Les parties sont libres de ne pas identifier ces tiers ou, à l'inverse, de les désigner plus ou moins distinctement, tout comme les coûts dont ils peuvent se prévaloir. Par exemple, voici un contrat conclu entre (C) et (D) visant à ce que (D) réalise des travaux dans un ensemble immobilier dont

¹³⁴⁵ V. *supra* n° 540 et s.

¹³⁴⁶ V. *supra* n° 556 et s.

(C) est le propriétaire et au sein duquel des tiers, (T1) et (T2), poursuivent une activité commerciale. Les parties peuvent prévoir que si une inexécution est constatée et qu'une contestation survient quant à la demande en exécution forcée formulée par (C), (D) pourra invoquer les conséquences préjudiciables de la sanction *in specie* pour (T1) et (T2). L'hypothèse n'est pas imaginaire car il est acquis que la correction d'une inexécution peut être préjudiciable pour des tiers¹³⁴⁷. Pour le présent exemple, il suffit de penser à l'éventuelle fermeture de l'ensemble immobilier – et donc l'arrêt des activités commerciales de (T1) et (T2) – pour corriger une malfaçon. Ainsi, les parties peuvent convenir que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée devra être confronté à son coût pour le débiteur *et* pour les tiers identifiés dans l'accord. Dans la continuité de cette ouverture aux situations des tiers, il est possible pour les parties d'indiquer que le coût environnemental de la sanction *in specie* pourra dans une certaine mesure être pris en considération. Les contractants qui ont à l'esprit – par conviction ou par intérêt – les conséquences environnementales de leurs opérations contractuelles seront invités à adhérer à cette ouverture.

812. Ensuite, l'accord des parties peut ménager une place pour le coût non-financier de l'exécution forcée, c'est-à-dire le préjudice extrapatrimonial que subit le débiteur du fait de la sanction mais qui ne la rend pas moralement impossible. Une nouvelle fois, la liberté contractuelle permet d'envisager d'innombrables figures de cet aménagement du contrôle : la clause peut désigner avec plus ou moins de précision quel préjudice extrapatrimonial sera pris en compte, elle peut indiquer ou non la méthode pour valoriser monétairement le coût non-financier de l'exécution forcée, poser ou non des conditions particulières à la prise en compte du coût précité, etc. Par exemple, voici un contrat entre (C) et (D) visant à ce que (D), ébéniste, confectionne pour (C) un bureau sur-mesure avec un plateau provenant d'un ancien bureau que (C) avait remarqué dans l'atelier de (D). L'ancien bureau est quasiment unique : il n'en reste que deux exemplaires en possession de (D) qui ne veut pour rien au monde se séparer du second car c'est celui que son grand-père, un poète, utilisait pour travailler. Les parties peuvent insérer dans le contrat que si une inexécution a lieu et qu'une contestation s'élève sur la disproportion manifeste de l'exécution forcée, (D) pourra se prévaloir du coût non-financier qu'il aurait à supporter si la correction de l'inexécution nécessitait la destruction du bureau de son grand-père.

¹³⁴⁷ V. *supra* n° 559.

Ainsi, dans l'hypothèse où le plateau du bureau du grand-père est nécessaire pour corriger l'inexécution du contrat, soit que le bureau à démanteler ait été détruit dans un incendie ou qu'un accident soit survenu lors du prélèvement de son plateau, (D) pourra se prévaloir du coût non-financier de l'exécution forcée dans le cadre du contrôle de l'article 1221 du Code civil.

813. Par ailleurs, les parties peuvent autoriser le débiteur à se prévaloir du coût d'opportunité de l'exécution forcée, c'est-à-dire le fait que la sanction le prive d'une occasion profitable. Une nouvelle fois, les parties sont libres de déterminer les occasions manquées dont le débiteur peut se prévaloir tout comme la méthode à employer pour les valoriser dans la perspective de la confrontation avec l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée. Il est possible ici de reprendre l'exemple du contrat entre (C) et (D) portant sur la confection d'un bureau en le modifiant quelque peu, de sorte que (D) ne tient pas au second bureau en raison de sa valeur sentimentale mais parce qu'il lui permettra de réaliser une autre pièce commandée par un tiers, (T). Le contrat entre (C) et (D) peut contenir une clause qui précise que si une inexécution a lieu et qu'une contestation s'élève sur la disproportion manifeste de l'exécution forcée, (D) pourra se prévaloir du coût d'opportunité de la sanction qui correspond au bénéfice qu'il ne pourra pas tirer du contrat conclu avec (T) si le second bureau doit être utilisé pour corriger l'inexécution du premier contrat.

814. Enfin, les parties peuvent décider que la situation patrimoniale du débiteur est un argument pertinent dans la mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée, changeant ainsi dans une certaine mesure l'esprit de l'exception qui n'a pas vocation à traiter les situations d'insolvabilité. La prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur par le biais d'une clause peut strictement concerner le coût de l'exécution forcée pour le débiteur. Les parties devraient alors représenter dans une sorte de grille la situation patrimoniale et appliquer au coût objectif de la correction de l'inexécution un coefficient qui dépendrait de cette situation. Un tel aménagement contractuel peut être conçu comme une faveur faite au débiteur mais aussi comme une défaveur pour lui si les parties l'entendent ainsi. En effet, la clause peut traduire l'impécuniosité du débiteur en augmentant le coût de la sanction – ce qui accroît les chances de caractériser une disproportion manifeste – mais aussi sa bonne situation financière en réduisant le coût de la sanction – ce qui fait décroître les chances de caractériser une disproportion manifeste.

La prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur peut également être réalisée en considérant non plus le coût de la sanction, mais le seuil de la disproportion manifeste qui dépendrait de cet élément¹³⁴⁸.

815. Aménagements relatifs au rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil en lui-même : généralités.- L'efficacité des aménagements du contrôle de l'exécution forcée suppose qu'une autre série de clauses ait trait, cette fois-ci, au rapport de proportionnalité en lui-même. En effet, le contrôle de l'article 1221 du Code civil ne pouvait être réduit à l'analyse de ses seuls termes. Les parties devraient donc proposer des aménagements aux aspects substantiel et procédural du rapport de proportionnalité, une nouvelle fois afin d'accroître la prévisibilité du contrôle de l'exécution forcée.

816. Aménagements relatifs au rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil en lui-même : aspect substantiel du rapport de proportionnalité.- L'article 1221 du Code civil ne précise pas quel est le seuil de la disproportion manifeste. En réponse à ce silence du législateur, il revient donc au juge de déterminer seul à partir de quel moment la différence entre l'intérêt et le coût de l'exécution forcée requiert que la sanction soit écartée. Les parties peuvent rompre avec cette solution, naturellement porteuse d'incertitudes, en précisant elles-mêmes ce qu'il faut entendre par disproportion manifeste de l'exécution forcée.

817. Concrètement, une clause peut venir indiquer que la disproportion entre les termes du rapport de proportionnalité doit être regardée comme manifeste si le coût de l'exécution forcée pour le débiteur est x fois supérieur à l'intérêt du créancier pour la sanction. La valeur de ce x en pratique dépendra assurément des enjeux économiques du contrat, des capacités de négociation des deux parties, ou bien de l'esprit dans lequel elles entendent intégrer leur relation contractuelle. En effet, si la confiance légitime qui existe entre les parties ne doit pas influencer le juge dans l'identification du seuil de la disproportion manifeste¹³⁴⁹, il n'est pas exclu qu'elle influence les parties dans la négociation du contrat et qu'elle les incite à fixer un seuil inférieur à celui qu'aurait envisagé le juge. Autrement dit, les parties peuvent donner une dimension morale à cet

¹³⁴⁸ Sur la possibilité reconnue aux parties de fixer dans leur accord le seuil de la disproportion manifeste, v. *infra* n° 816.

¹³⁴⁹ V. *supra* n° 598 et s.

outil que le législateur a envisagé dans une perspective strictement économique. Même si elles décident de rester dans le chemin tracé par le législateur, les parties disposent de nombreuses options : elles peuvent fixer un seuil unique applicable peu important les circonstances, ou bien retenir plusieurs seuils qui dépendront de la réunion de certaines conditions. Il est ainsi envisageable que le seuil soit différent selon que l'inexécution est plus ou moins importante, selon le niveau de l'intérêt du créancier valorisé, etc.

818. Si la liberté des parties pour fixer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution est importante, la clause qui en est le produit peut parfois être soumise aux mécanismes de lutte contre les clauses abusives. Dans ce cas, l'aménagement du contrôle – et non pas son exclusion – laisse à penser que la clause n'entraîne pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il ne faut pas toutefois que le seuil fixé soit trop important, de sorte que le débiteur ne pourra jamais invoquer avec succès le contrôle de l'exécution forcée. Dans ce cas, les juges pourraient voir dans la clause une exclusion déguisée du contrôle et, par là même, une négation des droits du débiteur susceptible d'appeler une censure de la clause.

819. En fin de compte, une clause particulièrement intéressante pour les parties pourrait être celle qui vise à fixer de manière plus ou moins unitaire le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Cet aménagement est intéressant car la question du seuil de la disproportion manifeste est sans doute celle pour laquelle le juge dispose le moins de lignes directrices ; elle est donc particulièrement porteuse d'incertitudes.

820. Aménagements relatifs au rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil en lui-même : aspect procédural du rapport de proportionnalité.- La mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée se fait dans la perspective d'un procès et s'intègre donc dans un cadre procédural précisant la pratique du contrôle. Ainsi, il a été démontré que la charge de la preuve de la disproportion manifeste pesait sur le débiteur qui entendait faire écarter l'exécution forcée, tout mode de preuve pouvant alors être utilisé, et que la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée relevait du

pouvoir souverain des juges du fond qui ont la possibilité de relever d'office cette exception¹³⁵⁰.

821. Assurément, les aspects procéduraux qui concernent les prérogatives judiciaires échappent à la volonté des parties qui ne peuvent les aménager puisqu'ils relèvent de l'ordre public processuel¹³⁵¹. En effet, il est difficile d'imaginer une clause qui confierait à la Cour de cassation le dernier mot quant à la caractérisation de la disproportion manifeste ou qui obligerait les juges du fond à relever d'office l'exception nouvellement consacrée à l'article 1221 du Code civil.

822. A l'inverse, les aspects procéduraux qui ont trait à la preuve de la disproportion manifeste – charge et modes – peuvent plus systématiquement être aménagés par les parties par une stipulation. Si la possibilité de ces aménagements avait été autrefois discutée dans la mesure où ils contreviennent à l'ordre public processuel, il est désormais acquis que cela n'est guère le cas et que les parties peuvent déroger aux règles légales relatives à la preuve des obligations¹³⁵². La réforme du droit des contrats a entériné ce mouvement à l'article 1356 du Code civil tout en précisant dans le même temps que la liberté des parties est relative : « [l]es contrats sur la preuve sont valables (...) lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition » (al. 1^{er})¹³⁵³. Les contractants qui entendent amender les règles de preuve telles qu'elles existent dans le cadre de la mise en œuvre ordinaire du contrôle de l'exécution forcée ne sont guère menacés par les obstacles dressés par le précédent texte. D'autres, plus particuliers, pourraient toutefois contrevvenir à leurs plans. Le plus évident concerne les contrats soumis au Code de consommation puisque ce dernier prévoit que les clauses relatives à la charge de la preuve sont réputées abusives de manière irréfragable (art. R.212-1 C. conso.), et que celles relatives aux modes de preuve sont simplement réputées abusives (art. R.212-2

¹³⁵⁰ V. *supra* n° 620 et s.

¹³⁵¹ J. Héron, « L'ordre public dans le procès. Rapport français », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 49, journées Libanaises, LGDJ, 2001, p. 943.

¹³⁵² Sur ce mouvement, v. not. N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil, op. cit.*, n° 356 et s., p. 435 et s. *Adde* V. Depadt-Sebag, « Les conventions sur la preuve », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13 ; M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^e partie) », préc. p. 453.

¹³⁵³ Le second alinéa précise, quant à lui, que « [n]éanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».

C. conso)¹³⁵⁴. Concrètement, dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel, il n'est guère évident d'aménager les règles relatives à la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée à moins, hypothèse rare, que ces aménagements alourdissent la charge du professionnel. La conclusion pourrait être étendue aux contrats d'adhésion soumis à l'article 1171 du Code civil ou aux contrats entre partenaires commerciaux soumis à l'article L. 442-1 du Code de commerce. Dans tous ces contrats, et contrairement à ce qu'il pourrait être constaté dans les contrats non soumis aux mécanismes de lutte contre les clauses abusives, les parties seraient potentiellement privées de la possibilité de renverser la charge ou de modifier les modes de preuve admis de la preuve de la disproportion manifeste ou de préciser les modes de preuve de cette disproportion manifeste alors que ces stipulations présentent un intérêt¹³⁵⁵. Si le contrat n'est pas sujet aux mécanismes de lutte contre les clauses abusives, les parties peuvent prévoir diverses clauses touchant à la preuve dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée. Par exemple, elles peuvent préciser que pour l'évaluation de l'intérêt indirect du créancier pour l'exécution forcée, le créancier doit prouver qu'il a manqué une occasion bénéfique, qui consisterait dans une relation commerciale avec un tiers, en établissant qu'il avait déjà signé un accord avec tiers.

823. Conclusion.- Exerçant leur liberté contractuelle, les parties au contrat peuvent déroger de diverses manières au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée tel que prévu par le Code civil. L'objectif de ces aménagements est constant : éviter de s'exposer aux incertitudes qui entourent la mise en œuvre du nouveau pouvoir judiciaire en matière d'exécution forcée. Radicalement, les parties peuvent décider d'exclure purement et simplement le contrôle de l'exécution forcée : le créancier pourra demander la sanction *in specie* de l'inexécution alors même qu'il existerait une disproportion manifeste entre le coût de la sanction pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Plus subtilement, ces mêmes parties peuvent préférer aménager un grand nombre d'aspects du contrôle afin de guider le juge dans la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

¹³⁵⁴ Pour une approche critique de ce traitement différencié, v. not. N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil, op. cit.*, n° 374 et s., p. 459 et s.

¹³⁵⁵ A. Aynès, « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Droit et pat.* 2015, n° 250, p. 45.

824. Conclusion du paragraphe.- La volonté des parties peut-elle perturber la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? Alors que l'impérativité du contrôle judiciaire évoqué par l'article 1221 du Code civil était pressenti, il a fallu conclure à sa supplétivité car rien ne permet de justifier une dérogation au principe de supplétivité des règles en matière contractuelle. La volonté des parties pouvant s'exprimer vis-à-vis le contrôle de l'exécution forcée, il restait à voir dans quelles directions elles étaient susceptibles de le faire. Afin de rompre avec l'imprévisibilité du pouvoir judiciaire, les parties peuvent exclure ou seulement aménager l'exercice de ce pouvoir, étant entendu que leur volonté est soumise, le cas échéant, aux mécanismes traditionnels de lutte contre les clauses abusives. Au-delà des clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée, les parties peuvent perturber la caractérisation de la disproportion manifeste d'une manière moins volontaire, plus particulièrement par leur comportement.

§2 LE COMPORTEMENT DES PARTIES

825. Les parties peuvent perturber la caractérisation de la disproportion manifeste autrement que par la stipulation d'une clause relative au contrôle de l'article 1221 du Code civil. En effet, il se peut que leur comportement soit pris en compte par le juge qui doit statuer sur la demande en exécution forcée. Toutefois, il convient de noter que le comportement des parties ne fait pas l'objet d'un traitement homogène : alors que le comportement du débiteur est pertinent (**A**), celui du créancier semble indifférent (**B**).

A) LA PERTINENCE DU COMPORTEMENT DU DEBITEUR

826. La lettre de l'article 1221 du Code civil confère incontestablement au comportement du débiteur un rôle essentiel dans la réalisation du contrôle de l'exécution forcée : seul « le débiteur de bonne foi » peut exciper du coût manifestement disproportionné de la sanction. Encore faut-il déterminer ce qu'il faut entendre par « débiteur de bonne foi » dans le cadre précis de ce contrôle. Il a été vu que cette exigence de bonne foi a été ajoutée à l'occasion de la ratification de la réforme du droit des contrats et dans quelle mesure il s'agissait pour le législateur de lutter contre les fautes lucratives¹³⁵⁶.

¹³⁵⁶ V. *supra* n° 259 et s.

Néanmoins, en créant la figure du débiteur de bonne foi dans l'inexécution du contrat, la loi de ratification a créé un paradoxe qu'il s'agit de dépasser pour arriver à identifier le débiteur qui pourra exciper de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Ainsi, il convient désormais d'exposer le paradoxe du débiteur de bonne foi malgré l'inexécution du contrat (1) avant de le dépasser pour identifier le débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil (2).

1) L'exposé du paradoxe : la bonne foi malgré l'inexécution du contrat

827. Origine du paradoxe : impossible cumul de la qualité de débiteur n'exécutant pas le contrat et de débiteur de bonne foi.- Qui est ce débiteur de bonne foi qui aura l'occasion de bénéficier du contrôle de l'exécution forcée ? Si l'exigence de bonne foi est connue en soi et pertinente à toutes les étapes de la vie du contrat, il est possible de ressentir un certain malaise lorsqu'il s'agit de la resituer dans le cadre de l'article 1221 du Code civil. En effet, ce dernier texte évoquant par hypothèse l'inexécution du contrat par le débiteur, il semblerait reconnaître l'existence d'un débiteur qui n'a pas respecté son engagement tout en étant de bonne foi. La proposition n'a pas manqué de susciter les interrogations de certains, ironisant : « la loi de ratification pose une condition de bonne foi du débiteur, *bonne foi dans l'inexécution ...* »¹³⁵⁷.

828. Le sentiment peut être partagé car si l'article 1104 du Code civil laisse à penser qu'une partie peut être de bonne foi comme de mauvaise foi lorsqu'elle négocie, conclut et exécute un contrat, ne faut-il pas considérer que la partie qui n'exécute pas son engagement est nécessairement de mauvaise foi ? En effet, l'inexécution a pour première conséquence de contrevenir à l'effet utile du contrat espéré par le créancier comme à la confiance légitime que ce même créancier plaçait dans l'autre partie. Or, ces deux éléments sont particulièrement protégés par l'exigence de bonne foi telle qu'entendue spontanément en matière contractuelle. Le créancier victime de l'inexécution peinera ainsi à admettre la bonne foi de son cocontractant qui commet une inexécution et le prive donc de ce pour quoi il a contracté, peu important le caractère volontaire ou la gravité du manquement. En somme, l'exigence de bonne foi étant tournée vers la bonne exécution du contrat,

¹³⁵⁷ L. Leveneur, « Entrée en vigueur de la loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : ce qu'il faut retenir », préc., spéc. p. 10 (nous soulignons).

inexécution et bonne foi semblent inconciliables : il n'existerait pas d'inexécution du contrat de bonne foi.

829. Précédent du paradoxe : bonne foi du débiteur et efficacité des clauses résolutoires.- Le raisonnement qui précède n'est pas inédit et rappelle certains commentaires des décisions ayant rejeté l'idée selon laquelle la bonne foi du débiteur pouvait faire échec à la mise en œuvre de la clause résolutoire¹³⁵⁸. En effet, ces commentaires ont notamment salué la solution finalement admise par les juges du quai de l'Horloge dans la mesure où elle évite que celui qui n'exécute pas son contrat puisse se prétendre de bonne foi : « (...) le rapprochement des deux notions – l'inexécution de bonne foi – est d'un point de vue technique quelque peu surprenant et, à s'engager dans cette voie, on en arrive très vite à reconnaître une sorte de "droit à l'erreur", ou, plus précisément, un droit à ne pas exécuter l'obligation souscrite pour peu que celle-ci soit trop difficile à remplir, ce qui est à l'opposé de la règle écrite à l'[ancien] art. 1134, al. 3, selon laquelle les conventions doivent être *exécutées* de bonne foi. Une saine lecture de ce texte impose au débiteur d'exécuter les obligations nées du contrat et il doit le faire de bonne foi, c'est-à-dire en procurant au créancier la satisfaction attendue »¹³⁵⁹.

830. En somme, celui qui ne procure pas au créancier la satisfaction attendue, en ne respectant pas les termes de l'engagement, ne pourrait pas *a priori* être de bonne foi. Corrélativement, tout débiteur qui demande le bénéfice du contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil serait de mauvaise foi et ne pourrait donc le faire. L'ajout auquel a procédé la loi de ratification signerait-il la mort de la nouvelle exception à l'exécution forcée ? S'il est difficile d'admettre une telle issue, trop extrême, il convient de rechercher une manière alternative d'identifier le débiteur de bonne foi.

2) Le dépassement du paradoxe : identification du débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil

831. Discussion autour de l'élaboration de la notion d'inexécution de bonne foi du contrat.- Puisqu'il faut bien identifier le débiteur de bonne foi de l'article 1221 du

¹³⁵⁸ V. *supra* n° 400.

¹³⁵⁹ Ph. Bihl, note sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, n° 91-12.031, *D.* 1993, p. 357 (l'auteur souligne).

Code civil, il semble nécessaire de dépasser le paradoxe qui vient d'être exposé. Pour ce faire, une première solution pourrait consister dans l'élaboration d'une nouvelle notion, celle de l'inexécution de bonne foi du contrat par le débiteur.

832. À l'occasion du commentaire de la loi de ratification, certains ont posé la question « de la construction d'un régime propre à "l'inexécution de bonne foi" du contrat, laquelle, à mi-chemin entre *l'inexécution fautive* et *l'inexécution fortuite*, pourrait prendre place dans une version modernisée de la théorie de la gradation des fautes »¹³⁶⁰. Les auteurs ne détaillent ou n'illustrent pas davantage la notion d'inexécution de bonne foi du contrat. S'agirait-il d'une situation qui, tout en ne pouvant pas être qualifiée de force majeure au sens de l'article 1218 du Code civil¹³⁶¹, s'en rapprocherait suffisamment pour qu'il soit logique ou opportun d'appliquer quelques-uns de ses effets et, en tout état de cause, de ne pas considérer l'inexécution du débiteur comme blâmable ? Si cette acception était retenue, l'inexécution pourrait être considérée de bonne foi dès que fournir la prestation se révélerait relativement impossible et/ou sans que cette impossibilité procède d'un événement étranger au débiteur, imprévisible et irrésistible. Par exemple, commettrait une inexécution de bonne foi le débiteur qui devait s'acquitter d'une prestation devenue tellement coûteuse pour lui que le fait de respecter son engagement dépasserait la raison et le conduirait à la ruine. La force majeure ne saurait être exploitée ici car la prestation demeure possible, même si celle-ci devient extrêmement onéreuse¹³⁶². Toutefois, il n'est pas certain que le comportement du débiteur en reçoive le même jugement que celui d'un débiteur qui manque à son engagement alors que la prestation n'est pas particulièrement coûteuse. En définitive, le débiteur qui pourrait se prévaloir du contrôle de l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil serait celui qui a commis une inexécution de bonne foi, c'est-à-dire qu'il a manqué à la parole donnée dans une situation proche de la force majeure et en tout cas pour laquelle ce manquement ne peut recevoir de condamnation morale sans hésitation.

¹³⁶⁰ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », préc., n° 21 (nous soulignons).

¹³⁶¹ Sur cette disposition, v. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 537 et s.

¹³⁶² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n° 750, p. 845.

833. La notion d'inexécution de bonne foi du contrat, telle que précédemment esquissée, n'apparaît pas opportune pour trois raisons.

834. D'abord, admettre la notion d'inexécution de bonne foi du contrat ne permet pas d'identifier avec plus d'assurance les contours du débiteur de bonne foi ; le paradoxe exposé plus tôt ne serait donc qu'imparfaitement dépassé. En effet, si l'inexécution de bonne foi se situe entre l'inexécution fortuite et l'inexécution fautive, il faut bien admettre que le champ d'investigation demeure excessivement large et que l'identification de l'hypothèse idoine présente un certain arbitraire. S'il est nécessaire que l'inexécution de bonne foi se rapproche de l'inexécution fortuite, l'assimilation avec cette dernière est exclue car la prestation n'est pas absolument impossible ou bien parce que l'événement à l'origine de l'inexécution ne présente pas certains ou tous les caractères énoncés par l'article 1218 du Code civil ? S'il est nécessaire que l'inexécution de bonne foi ne puisse pas faire l'objet du jugement quasiment moral qui accompagne toute inexécution fautive, où tracer la frontière entre l'inexécution répréhensible d'un point de vue moral et celle qui ne l'est pas ? Si l'exemple du débiteur dont la prestation devient extrêmement coûteuse est repris, il n'est guère aisé d'identifier à partir de quel moment l'augmentation du coût de la prestation est suffisante pour passer de l'inexécution de mauvaise foi à l'inexécution de bonne foi. Faut-il, par ailleurs, prendre en compte la situation patrimoniale du débiteur dans son ensemble pour identifier ce passage de la mauvaise à la bonne foi ? Ou bien, s'agit-il de concentrer l'analyse sur la seule relation contractuelle litigieuse ? En fin de compte, la notion d'inexécution de bonne foi du contrat telle que proposée s'énonce mieux qu'elle ne se pratique et il faut bien admettre qu'elle ne permet pas d'identifier avec assez de netteté le débiteur de bonne foi de l'article 1221 du Code civil.

835. Ensuite, il existe une difficulté d'ordre logique à retenir la notion d'inexécution de bonne foi, telle que proposée, dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée. L'article 1221 du Code civil envisage la bonne foi du débiteur comme une condition préalable pour apprécier l'existence d'une disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de l'exécution forcée. Or, si la bonne foi du débiteur venait notamment à être appréciée au regard des conséquences financières de l'exécution de l'obligation, il y aurait une confusion entre la condition préalable au contrôle et le contrôle en lui-même. Pour ne pas tomber dans

cette impasse logique, il paraît opportun de ne pas admettre la notion d'inexécution de bonne foi du contrat telle que proposée par certains.

836. Enfin, l'élaboration de la notion d'inexécution de bonne foi semble reposer sur une méthode imparfaite. En effet, elle ne semble pas profiter de la ressource que sont les travaux parlementaires relatifs à la loi de ratification. Ces travaux devraient constituer le point de départ de l'entreprise d'identification de ce débiteur de bonne foi dans l'inexécution. Or, alors qu'il est acquis que la modification de l'article 1221 du Code civil était motivée par le souci de lutter contre les fautes lucratives¹³⁶³, le motif n'est pas directement évoqué à l'occasion de l'élaboration de cette notion d'inexécution de bonne foi du contrat¹³⁶⁴.

837. En définitive, afin de dépasser le paradoxe de l'inexécution de bonne foi du contrat, il paraît inopportun d'élaborer une nouvelle catégorie d'inexécution¹³⁶⁵. A l'inverse, il est sans doute nécessaire de se tourner vers les notions existantes pour voir s'il en est une qui pourrait correspondre à l'hypothèse d'un débiteur qui manque de bonne foi à son engagement contractuel.

838. Mobilisation des ressources existantes du droit des contrats : le débiteur de bonne foi n'a pas manqué intentionnellement à son engagement.- Pour identifier le débiteur de bonne foi de l'article 1221 du Code civil, et donc dépasser le paradoxe d'un débiteur de bonne foi et qui manque à la parole contractuelle, il semble plus opportun d'exploiter les ressources existantes de la matière ; l'inexécution de bonne foi du contrat ne doit pas forcément être innovante.

839. S'il était difficile de concevoir *prima facie* un débiteur qui n'exécute pas son engagement et de bonne foi, la réunion de ces deux qualités n'est pas impossible si une

¹³⁶³ V. *supra* n° 259 et s.

¹³⁶⁴ Les auteurs relèvent bien que l'ajout opéré par la loi de ratification permet une condamnation de la théorie de la violation efficace (O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », préc., n° 21), mais ils n'évoquent plus la lutte contre les fautes lucratives au moment d'identifier les caractères de l'inexécution de bonne foi.

¹³⁶⁵ En ce sens, v. H. Barbier, « L'exécution et la sortie du contrat », *RDC* 2018, Hors-série, p. 40 : « [o]n s'y perdrait à ajouter à cette véritable échelle des fautes [i.e. la faute simple, la faute grave, la faute dolosive], la mauvaise foi du débiteur ».

autre conception de la bonne foi est retenue. Lorsqu'est évoquée la bonne foi en matière contractuelle, il vient d'abord à l'esprit l'exigence d'un comportement honnête et loyal du créancier ainsi que du débiteur au service de l'effet utile du contrat : l'obtention de la prestation par les parties¹³⁶⁶. Toutefois, la bonne foi est janusienne : aux côtés de l'acception à dominante objective et comportementaliste, se trouve une acception essentiellement subjective et psychologique¹³⁶⁷. Cornu relevait ainsi « [qu']il est évident que, dans diverses de ses applications, la bonne foi est, purement et simplement, un état psychologique : une croyance (c'est la bonne foi) ou, par revers, la connaissance d'un fait (c'est la mauvaise foi) (...) »¹³⁶⁸. Dans le cadre de cette acception, la bonne foi correspond à une ignorance légitime de l'opérateur lui conférant une forme de protection contre la rigueur d'un mécanisme normatif.

840. Si cette « autre » bonne foi trouve déjà à s'appliquer en droit des biens¹³⁶⁹, ou à l'occasion des procédures de traitement du surendettement qui posent comme condition la bonne foi du débiteur¹³⁷⁰, la réforme du droit des contrats ne l'a pas ignorée, notamment à l'article 1198 du Code civil qui évoque désormais le conflit entre acquéreurs successifs d'un même bien meuble (al. 1^{er}) ou immeuble (al. 2nd). Pour que l'ultime acquéreur puisse opposer au premier le droit qu'il a acquis sur le bien, le texte exige sa bonne foi, ici comprise comme l'ignorance légitime du premier contrat ; c'est cette ignorance de l'opérateur – accompagnée pour l'immeuble d'une condition de publicité – qui le protège de l'action du premier acquéreur.

841. La divergence entre les deux formes de bonne foi rejaillit sur la démarche judiciaire : il ne s'agit plus seulement de comparer le comportement de la partie au contrat à celui qui serait attendu d'une personne placée dans la même situation, comme pour l'exigence de bonne foi de l'article 1104 du Code civil, mais de sonder l'esprit de cette

¹³⁶⁶ V. *supra* n° 387.

¹³⁶⁷ V. Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *V° « Bonne foi », préc.*, n° 3.

¹³⁶⁸ G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil, op. cit.*, n° 289, p. 214.

¹³⁶⁹ B. Mallet-Bricout, « La bonne foi en droit des biens », *Rev. dr. Assas* 2016, n° 12, p. 51.

¹³⁷⁰ V. art. L. 711-1 C. conso. Dans ce cadre, est généralement considéré de mauvaise foi – et donc privé du bénéfice des procédures de traitement des situations de surendettement – le débiteur qui a « conscience de créer ou d'aggraver l'endettement en fraude des droits des créanciers » (Y. Picod et V. Valette-Ercole, *V° « Surendettement », Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2013, n° 28 (nous soulignons)).

partie afin de déterminer ce qu'elle savait et ce qu'elle ignorait¹³⁷¹. Toutefois, la dimension psychologique de la recherche « n'empêche pas (...) de se fonder sur des indices apparents »¹³⁷², car de tels éléments objectifs constituent une porte d'entrée sur l'esprit de l'opérateur, par hypothèse insondable. Ainsi, dans certaines hypothèses, c'est bien la conscience de l'opérateur qui permet de juger de sa bonne foi et de décider s'il doit être protégé.

842. Ne pourrait-il pas en aller de même dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée¹³⁷³ ? Si cette piste venait à être exploitée, une autre question s'imposerait immédiatement : conscience – ou ignorance légitime – de quoi ? Ce qui distingue essentiellement le débiteur de l'article 1221 du Code civil, c'est qu'il n'a pas respecté les termes du contrat. C'est sur l'inexécution du contrat par le débiteur que l'attention doit donc se concentrer. Le débiteur de bonne foi est ainsi celui qui n'avait pas conscience ou qui ignorait qu'il était en train de commettre une inexécution du contrat ; inversement, le débiteur de mauvaise foi est celui qui a conscience du manquement à son engagement contractuel. Force alors de constater que le paradoxe observé plus tôt lors de la juxtaposition des notions de bonne foi et d'inexécution se dissipe : l'inexécution consciente ou inconsciente du contrat s'envisage davantage que l'inexécution en accord avec l'effet utile du contrat.

843. Le fait de réserver un traitement particulier à l'inexécution consciente ou intentionnelle de l'obligation n'est pas chose nouvelle. Un rapprochement est possible avec la question de la gradation des fautes en cas d'inexécution du contrat. En effet, il est difficile d'envisager de manière homogène la faute qui engendre l'inexécution, législateur et juges ayant eu à cœur d'opérer des distinctions entre différents types de fautes¹³⁷⁴. Aux côtés de la faute ordinaire, se trouvent des fautes qualifiées selon les circonstances de l'inexécution du contrat : la faute dolosive qui suppose la violation consciente de l'obligation souscrite,

¹³⁷¹ En ce sens, v. not. Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3121.121, p. 1268.

¹³⁷² C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, Le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021, n° 577, p. 582.

¹³⁷³ Tout en relevant la dualité de la notion de bonne foi au sein de la matière contractuelle, un auteur a considéré que la conception subjective ne pouvait être mobilisée pour identifier le débiteur de bonne foi de l'article 1221 du Code civil et que la solution inverse conduirait à « un éclatement du sens à donner à l'exigence de bonne foi » (H. Barbier, « L'exécution et la sortie du contrat », *préc.*).

¹³⁷⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 841 et s., p. 899 et s.

la faute lourde qui se « caractéris[e] par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle »¹³⁷⁵, la faute grave qui se distingue assez mal de la faute lourde si une approche objective est retenue¹³⁷⁶, et la faute inexcusable qui navigue entre la faute lourde et la faute dolosive¹³⁷⁷. Le droit commun ou les règles particulières à certains contrats attachent des conséquences à ces diverses qualifications. Ainsi, concernant la réparation due au créancier en cas d'inexécution de l'obligation, la caractérisation de la faute dolosive ou de la faute lourde permet au créancier de ne pas être soumis à l'exigence de prévisibilité du dommage¹³⁷⁸ ainsi qu'aux clauses élusives ou limitatives de responsabilité¹³⁷⁹. La gravité du manquement contractuel se traduit donc par une aggravation du traitement du débiteur, par sa sanction.

844. Parmi les fautes qualifiées qui ont été évoquées, il en est une dont la caractérisation exige du juge qu'il examine la conscience du débiteur : la faute dolosive¹³⁸⁰. Seul commet une faute dolosive le débiteur qui a intentionnellement manqué à son obligation, peu important le fait qu'il ait recherché ou non le dommage effectivement subi par l'autre partie¹³⁸¹. Puisque la faute dolosive suppose la conscience de l'inexécution, il faut bien admettre que l'inexécution en cause est de mauvaise foi puisque le débiteur ne pouvait légitimement l'ignorer. La littérature relative à la faute dolosive témoigne d'ailleurs de la relation étroite qu'elle entretient en matière contractuelle avec la bonne ou la mauvaise foi¹³⁸². Il est relevé que « le dol dans l'exécution du contrat (...) suppose la mauvaise foi »¹³⁸³ ou encore que le débiteur qui commet une faute dolosive « se montre ainsi de *mauvaise foi*,

¹³⁷⁵ Ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112, *D.* 2005, p. 1864, note Ph. Tosi ; *JCP G* 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; *CCC* 2005, com. 50, note L. Leveneur ; *RDC* 2005, p. 673, obs. D. Mazeaud.

¹³⁷⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 844, p. 902.

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ Art. 1231-3 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

¹³⁷⁹ Sur la question, v. not. M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, préf. Y. Lequette, n° 501 et s., p. 253 et s.

¹³⁸⁰ Sur laquelle, v. not. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 618 et s., p. 755 et s.

¹³⁸¹ Civ., 4 février 1969, *D.* 1969, p. 601, note J. Mazeaud : « Attendu que le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son contractant ».

¹³⁸² V. déjà R. Jambu-Merlin, « Dol et faute lourde », *D.* 1955, p. 89.

¹³⁸³ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, Le contrat, op. cit.*, n° 577, p. 582.

malhonnête »¹³⁸⁴. En définitive, par un raisonnement *a contrario*, il est possible de soutenir que l'inexécution de bonne foi correspond à l'inexécution non-intentionnelle du contrat, c'est-à-dire à l'inexécution qui ne résulte pas d'une faute dolosive, alors que l'inexécution de mauvaise foi renvoie à l'inexécution intentionnelle de l'engagement contractuel, c'est-à-dire à l'inexécution qui procède d'une faute dolosive.

845. Les précédents développements permettent d'identifier le débiteur de bonne foi dans le cadre de l'article 1221 du Code civil : le débiteur qui ne contrevient pas intentionnellement à son obligation et donc qui n'a pas commis de faute dolosive. Un certain nombre de commentaires de la disposition après la loi de ratification ont procédé au même rapprochement¹³⁸⁵. Il est même tentant de regretter que le Code civil ne vise pas directement la notion de faute dolosive, plutôt que la bonne foi du débiteur, tant cette dernière a pu mettre certains sur la piste de la faute lourde¹³⁸⁶. Or, la faute lourde ne laisse aucune place à la conscience de l'inexécution et donc à la mauvaise foi du débiteur : c'est la gravité objective du comportement et non l'intention du débiteur qui caractérise la faute lourde. Et s'il est admis que la faute lourde confine au dol et produit à certains égards des effets identiques, une différence conceptuelle demeure entre les deux de sorte que, faute de précision textuelle, il n'est guère possible d'assimiler leurs effets¹³⁸⁷. Peut-être faut-il expliquer l'absence d'une mention explicite de la notion de faute dolosive à l'article 1221 du Code civil par la crainte de voir les juges en retenir une acception trop restrictive. En effet, il n'est pas rare que la conception étroite de la faute dolosive soit préférée par les juges lorsqu'un texte légal l'envisage, par exemple l'article L. 113-1 du Code des assurances sur l'absence d'assurance de la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré¹³⁸⁸. Toutefois, plus prosaïquement, il faut sans doute admettre que si les parlementaires ont eu à l'esprit la nécessité de ne pas laisser n'importe quel débiteur bénéficiaire du contrôle de

¹³⁸⁴ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, op. cit., n° 3112.122, p. 1269 (l'auteur souligne).

¹³⁸⁵ V. not. L. Thibierge, « Les effets du contrat », préc. ; D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912, spéc. n° 12 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – L'acte juridique*, op. cit., n° 767, p. 1048 : « Le débiteur qui n'exécute pas intentionnellement ne devrait pas bénéficier de l'exception ».

¹³⁸⁶ V. par ex. C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, op. cit., n° 471, p. 365.

¹³⁸⁷ En ce sens, v. not. R. Boffa, V° « Faute qualifiée », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, spéc. p. 585.

¹³⁸⁸ Sur ce retour à la conception étroite en droit des assurances, v. not. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 624, p. 762 et s.

l'exécution forcée, ils n'ont guère eu le souci de désigner dans le texte l'outil idoine pour lutter contre les fautes lucratives.

846. Il ne semble donc pas nécessaire d'élaborer une nouvelle notion d'inexécution de bonne foi du contrat : il suffit de s'en référer aux catégories existantes et d'admettre qu'il y a inexécution de bonne foi dès lors que le débiteur ne commet pas de faute dolosive ; inversement, il y a inexécution de mauvaise foi dès lors que ce débiteur commet une faute dolosive. La solution paraît plus opportune à divers égards. D'abord, retenir que l'inexécution de bonne foi est l'inexécution non-dolosive du contrat permet d'identifier avec plus d'assurance de débiteur de bonne foi puisque la caractérisation de la faute dolosive est une mission déjà confiée par ailleurs au juge. Certes, une réelle casuistique demeure car il s'agit d'interroger l'esprit du débiteur. Toutefois, il vaut sans doute mieux confier au juge une telle mission, dont il s'acquittera en se fondant notamment sur des faits objectifs, plutôt que de lui demander si les circonstances de l'inexécution sont telles qu'elle n'est pas blâmable sur le plan moral. Ensuite, la solution retenue ne présente pas de difficulté d'ordre logique car il y a une nette séparation entre la condition préalable au contrôle – la bonne foi du débiteur – et le contrôle en lui-même – la disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée par rapport à son intérêt. Le risque de mobiliser le déséquilibre des intérêts en présence à la fois pour déterminer si le contrôle doit être mené et s'il est un succès se trouve ainsi écarté. Enfin, cette solution permet bien de lutter contre les fautes lucratives car celles-ci supposent du débiteur qu'il manque sciemment à son engagement afin de réaliser une économie ou un gain. À ce titre, il est possible de se demander si le fait de lutter contre les fautes lucratives avec la notion de faute dolosive n'est pas excessif car s'il est certain que toute faute lucrative est une faute dolosive, toute faute dolosive n'est pas nécessairement lucrative. Bien que certaines fautes dolosives soient éventuellement motivées par une intention de nuire à l'autre partie au contrat, et non pas par une intention illégitimement lucrative, il faut admettre que dans de nombreux cas le débiteur commet une faute dolosive dans le but de réaliser un gain ou une économie.

847. Si le débiteur de bonne foi semble désormais identifié, une autre interrogation doit être envisagée : sur qui pèse la charge de la preuve de la bonne foi du débiteur requise pour que soit mené le contrôle de l'exécution forcée ? En application de la présomption classique de bonne foi, il faut considérer que c'est au créancier de démontrer

que le débiteur a intentionnellement manqué à son engagement et qu'il ne peut donc pas se prévaloir du contrôle de l'exécution forcée¹³⁸⁹. La solution aurait été la même si la notion de faute dolosive avait été visée par l'article 1221 du Code civil car il revient toujours à la victime de la faute d'établir son caractère intentionnel. Cette présomption de bonne foi du débiteur pourrait être de nature à tempérer l'efficacité de la lutte contre les fautes lucratives car le créancier peut ne pas réunir les éléments nécessaires pour emporter la conviction du juge. Il est tentant pour le débiteur qui a sciemment violé la parole contractuelle de prendre « le masque de la bêtise »¹³⁹⁰, de faire croire à sa faute lourde et non pas dolosive, pour échapper au traitement réservé au débiteur de mauvaise foi par l'article 1221 du Code civil. C'est ce constat qui justifie pour d'autres questions, notamment l'efficacité des clauses limitant la responsabilité du débiteur¹³⁹¹, l'assimilation de la faute lourde à la faute dolosive. Néanmoins, de la même manière qu'il n'est pas de raison qui justifierait ici un écart à l'article 2274 du Code civil qui précise que « [l]a bonne foi est *toujours* présumée » (nous soulignons), nul motif devrait *a priori* conduire le juge à procéder à une assimilation entre la faute dolosive, commise de mauvaise foi, et la faute lourde, dépourvue d'élément intentionnel¹³⁹². Il en va du respect de la lettre de l'article 1221 du Code civil. Au-delà, il n'est pas exclu que dans sa manière d'appréhender la faute dolosive, le juge – appuyé par le créancier – dispose de techniques pour démasquer le débiteur ayant commis une faute dolosive.

848. Il s'agit donc pour le créancier de convaincre le juge que le débiteur a sciemment violé son engagement, qu'il a manqué délibérément à la parole donnée. Pour ce faire, il peut mobiliser tous les aspects du litige dans la limite de la licéité et de la loyauté de la preuve. En pratique, le créancier est notamment susceptible d'établir le caractère intentionnel de l'inexécution en mettant en avant la dissimulation ou la fraude du

¹³⁸⁹ En ce sens, v. not. L. Leveneur, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », préc., spéc. n° 19.

¹³⁹⁰ H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Montchrestien, 1965, préf. H. Capitant, n° 414, p. 482.

¹³⁹¹ V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 631, p. 575

¹³⁹² Peut-être faut-il trouver ici la raison de l'utilisation de la notion de « bonne foi » dans l'article 1221 du Code civil par les parlementaires, plutôt que celle de « faute dolosive » : par crainte d'une tendance des juges à l'assimilation des fautes dolosive et lourde par les juges, ils ont préféré désigner ce qui fait la particularité de la faute dolosive, à savoir sa dimension intentionnelle.

débiteur¹³⁹³. Par exemple, si le débiteur substitue à la prestation promise une prestation de moindre qualité en gardant le silence auprès du créancier, voire en comptant même sur son ignorance, le juge peut retenir l'existence d'une dissimulation caractérisant la faute dolosive du débiteur¹³⁹⁴. Il faut admettre qu'il est particulièrement délicat d'établir de manière isolée l'intention délibérée de violer le contrat, car une telle démonstration supposerait d'avoir accès à l'esprit du débiteur. En revanche, la dissimulation ou la fraude du débiteur vis-à-vis d'une inexécution contractuelle mettent en lumière le fait que le débiteur a sciemment manqué à son contrat puisqu'il aurait pu procéder à une correction de l'inexécution ou, *a minima*, en informer son créancier pour peut-être trouver une autre solution. Comme le relève Malinvaud, « [d]'évidence, la dissimulation d'une malfaçon relève de la mauvaise foi la plus totale »¹³⁹⁵, d'autant plus « [qu'] à notre époque où l'obligation d'information qui pèse sur les professionnels est reine, la dissimulation est impardonnable ; elle constitue nécessairement un dol »¹³⁹⁶. Le créancier qui cherche à établir la faute dolosive du débiteur, et donc sa mauvaise foi pour exclure le contrôle de l'exécution forcée, peut ainsi démontrer que ce débiteur devait avoir connaissance de l'inexécution du contrat et qu'il n'en a rien fait. La contrariété manifeste de la prestation fournie aux règles de l'art ou aux prévisions contractuelles pourrait être envisagée par le juge comme un indice du fait que le débiteur devait avoir conscience du manquement contractuel, son absence de réaction face à cette contrariété ou des actes positifs de dissimulation caractérisant alors une faute dolosive.

849. A peine cette dernière orientation posée, un risque de glissement vers les fautes qualifiées plus objectives, essentiellement la faute lourde, se fait jour et il n'est plus alors certain qu'une distinction claire puisse être réalisée en pratique entre faute dolosive et faute lourde. L'assimilation rejetée plus tôt à titre de principe se retrouverait ici. Par exemple, dans un contrat entre (C) et (D) portant sur la construction d'une piscine avec une profondeur homogène de 2 mètres, si (D) construit une piscine avec une profondeur décroissante de 2 à 1 mètres, il est probable que le juge considère que l'inexécution procède

¹³⁹³ Civ. 3^e, 12 juillet 2018, n° 17-19.701, *AJ contrat* 2018, p. 422, obs. N. Dissaux ; *RDI* 2018, p. 503, obs. Ph. Malinvaud.

¹³⁹⁴ V. par ex. CA Douai, 16 mars 1977, *RTD civ.* 1977, p. 785, obs. G. Cornu : dans un contrat de construction, substitution du parquet choisi par le créancier par un parquet de moindre qualité sans information du créancier. *Adde* Civ. 3^e, 23 juillet 1986, n° 84-17.768 ; Civ. 3^e, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *RDI* 2001, p. 525, obs. Ph. Malinvaud.

¹³⁹⁵ Ph. Malinvaud, obs. sous Civ. 3^e, 27 juin 2001, préc.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

d'une faute lourde car (D), se trompant sur cette caractéristique pourtant essentielle de la piscine, a sans aucun doute commis une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant son inaptitude à l'accomplissement de sa mission contractuelle. Ce même juge ne pourrait-il pas retenir, par ailleurs, la faute dolosive de (D) selon l'approche retenue plus tôt ? Après tout, la contrariété manifeste aux prévisions contractuelles et l'absence de correction de la malfaçon qu'il aurait dû remarquer avant la livraison de l'ouvrage pourraient être envisagées comme une dissimulation et donc comme une violation délibérée du contrat. Malgré ce rapprochement pratique qui vient troubler la distinction notionnelle entre les deux fautes, l'autonomie de la faute dolosive peut être maintenue. En effet, il ne faut pas surestimer l'objectivisation suggérée de la faute dolosive : la prise en compte d'éléments objectifs du litige – la contrariété manifeste aux règles de l'art ou encore aux prévisions contractuelles – n'est pas une fin en soi, mais un indice parmi d'autres permettant de mettre en évidence l'état psychologique du débiteur qui serait sinon impénétrable. Il en ressort que l'analyse judiciaire ne doit pas s'arrêter à la seule constatation de ces éléments objectifs. La qualification de faute dolosive peut être écartée si d'autres éléments du litige attestent que le débiteur n'avait pas conscience du manquement contractuel, tout comme elle peut être retenue malgré l'absence de contrariété manifeste aux règles de l'art ou aux prévisions contractuelles¹³⁹⁷. Ainsi, la spécificité de la faute dolosive par rapport aux autres fautes qualifiées demeure tant d'un point de vue notionnel que de régime.

850. Conclusion.- Le comportement du débiteur peut-il avoir une incidence sur la réalisation du contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil ? Si le texte issu de l'ordonnance ne permettait pas de répondre avec assurance à l'interrogation, la loi de ratification à préciser que seul le débiteur de bonne foi pouvait demander au juge d'apprécier la disproportion manifeste de l'exécution forcée. L'ajout permet de lutter contre le risque de faute lucrative qu'engendre le contrôle de la sanction *in specie*. Il reste à identifier le débiteur de bonne foi de l'article 1221 du Code civil. La mission n'est guère aisée car il semble paradoxal de concevoir un débiteur qui serait de bonne foi alors qu'il n'a pas correctement exécuté le contrat. Afin de dépasser ce paradoxe, il s'agit non pas

¹³⁹⁷ Le raisonnement est à rapprocher de celui suivi en matière d'abus de droit : la démonstration de l'intention de nuire ne peut résulter de la *seule* constatation de la disproportion des intérêts en présence, le juge devant systématiquement aller plus loin et montrer en quoi cette disproportion révèle une intention de nuire (v. *supra* n° 455).

d'élaborer une nouvelle notion – celle d'une inexécution de bonne foi du contrat – mais de voir si l'inexécution du contrat peut s'accommoder d'une autre acception de la bonne foi. Pour qui retient une conception subjective de la bonne foi, tournée vers la conscience de l'opérateur, le paradoxe disparaît et l'objectif de lutter contre les fautes lucratives est respecté. Ainsi, dans le cadre de l'article 1221 du Code civil, doit être considéré de bonne foi le débiteur qui n'a pas intentionnellement manqué à son engagement contractuel. A l'inverse, est de mauvaise foi au sens du même texte le débiteur qui a intentionnellement violé le contrat qui l'engageait ; ce faisant, il est privé de la possibilité d'exciper du coût manifestement disproportionné de l'exécution forcée. En fin de compte, est de bonne foi le débiteur qui a violé son engagement sans pour autant commettre une faute dolosive.

B) L'INDIFFERENCE DU COMPORTEMENT DU CREANCIER

851. Puisqu'il est acquis que le comportement du débiteur est susceptible de perturber le contrôle de l'exécution forcée, il faut déterminer si celui du créancier peut entraîner une conséquence similaire. Malgré le silence de l'article 1221 du Code civil sur ce point, l'attitude fautive du créancier peut-elle perturber la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? Il faut répondre par la négative : l'indifférence de la faute du créancier quant à l'obtention de l'exécution forcée (1) s'étend à la caractérisation de la disproportion manifeste de cette sanction (2).

1) L'indifférence de la faute du créancier quant à l'obtention de l'exécution forcée

852. Incertitudes engendrées par un arrêt de la Cour de cassation antérieur à la réforme du droit des contrats.- Avant la réforme du droit des contrats, la jurisprudence et la doctrine majoritaire mettaient classiquement en évidence le fait que l'exécution forcée connaissait une seule et unique exception : l'impossibilité de la sanction. Toutefois, à la suite d'une décision de la Cour de cassation¹³⁹⁸, s'est posée la question d'une autre exception : la faute du créancier.

¹³⁹⁸ Civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, n° 12-19.887, RDC 2014, p. 27, obs. O. Deshayes ; RDC 2014, p. 171, obs. Th. Genicon.

853. La décision en question fut rendue par la Première chambre civile et mettait aux prises une personne souhaitant réhabiliter un logement et une société à qui la première personne avait confié l'installation d'une chaudière acquise trois ans auparavant et stockée sans utilisation dans l'intervalle. Une fois l'installation réalisée, le client s'aperçut des dysfonctionnements de la chaudière et assigna en justice la société afin d'obtenir le remplacement de la chaudière et le versement de dommages-intérêts. Les juges du fond, considérant que la mauvaise exécution du contrat s'expliquait en partie par le comportement fautif du créancier de la prestation d'installation, refusèrent de prononcer le remplacement de la chaudière et limitèrent l'indemnisation du préjudice subi. Alors que le pourvoi entendait contester la décision en évoquant la primauté traditionnellement attachée à l'exécution forcée, la Cour de cassation abonda dans le sens des juges du fond : « [m]ais attendu que la cour d'appel ayant relevé, à la suite de l'expert judiciaire, que la chaudière était ancienne, qu'elle avait été stockée pendant plusieurs années avant d'être installée, et que [le créancier], qui l'avait laissée sans entretien pendant des années, avait contribué aux dysfonctionnements litigieux, a souverainement estimé que ces circonstances ne justifiaient pas la mesure sollicitée par [le créancier] », à savoir le remplacement de l'équipement. À lire cette décision, le constat du comportement fautif du créancier permet aux juges du fond de regagner un pouvoir quant au prononcé de l'exécution forcée.

854. Pourquoi donc, alors, la faute du créancier n'a-t-elle pas été élevée au rang d'exception à l'exécution forcée ? Sans doute parce que l'ajout d'une nouvelle exception par la décision présentée « semble très douteux »¹³⁹⁹. En effet, un commentateur a relevé que les faits de l'espèce, malgré la formulation du pourvoi, évoquent moins l'hypothèse d'une exécution forcée en nature que celle d'une réparation en nature de l'inexécution¹⁴⁰⁰, cette dernière sanction étant classiquement soumise au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond¹⁴⁰¹. Autrement dit, du côté du quai de l'Horloge, nulle consécration explicite de la faute du créancier comme exception au droit à l'exécution forcée.

855. Débat relatif à la prise en compte de la faute du créancier pour l'octroi de l'exécution forcée.- L'arrêt de la Cour de cassation a toutefois eu le mérite d'ouvrir un

¹³⁹⁹ Th. Genicon, obs. sous. Civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, préc.

¹⁴⁰⁰ Sur laquelle, v. *infra* n° 871 et s.

¹⁴⁰¹ Th. Genicon, obs. sous. Civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, préc.

débat quant à l'admission de la faute du créancier comme une limite autonome au droit à l'exécution forcée.

856. Pour l'un des commentateurs de la décision, rapprochant la limite proposée de l'exception d'inexécution, le créancier qui ne respecte pas son engagement contractuel puisque fautif, se trouverait privé de la prestation convenue et devrait se tourner vers les autres sanctions de l'inexécution¹⁴⁰². L'accroc aux droits du créancier s'expliquerait tantôt par un renoncement tacite à la prestation, tantôt par la nécessité de sanctionner la faute commise par lui à l'occasion de l'exécution du contrat : « [s]i (...) [le créancier] a lui-même malmené le contrat qui vient au juge par la faute des deux contractants et non d'un seul, on peut concevoir que ce dernier se voit investi de pouvoirs étendus pour trouver le moyen de dénouer ce qui n'est plus vraiment un contrat mais une liquidation contentieuse de la relation entre contractants, qui a revêtu une toute autre physionomie »¹⁴⁰³. Enfin, l'auteur relève la difficulté qui existe à admettre cette nouvelle limite à l'exécution forcée lorsque, comme c'est souvent le cas, la faute du créancier est d'ordre comportemental et équivaut alors à un manquement à l'exigence de bonne foi. En effet, au regard de la relation entre cette sanction et la prestation promise, ne pas accorder au créancier l'exécution forcée de l'obligation inexécutée reviendrait à sanctionner le manquement à l'exigence de bonne foi par une atteinte à la substance des droits et obligations des parties, ce qu'une jurisprudence établie exclut¹⁴⁰⁴. Si l'auteur, critique à l'égard de cette précédente jurisprudence, n'y voit pas un obstacle rédhibitoire, il s'interroge toutefois sur l'opportunité de la consécration de cette nouvelle limite à l'exécution forcée qui aura pour conséquence de conditionner le droit à cette sanction au fait que le créancier soit irréprochable.

857. En vérité, il est possible de se demander si ce débat relatif à l'opportunité de la solution doit avoir lieu. Bien que la solution dégagée par les juges à l'occasion de la décision *Les Maréchaux* achoppe sur quelques hypothèses, elle reste structurante du droit des contrats français qui ne souhaite pas sacrifier la force obligatoire du contrat sur l'autel de la justice contractuelle. Le créancier qui serait fautif car manquant à l'exigence de bonne foi ne devrait pas être privé de la sanction qui lui permet d'obtenir la prestation convenue. Même si l'admission de la faute du créancier comme exception à l'exécution forcée ne le

¹⁴⁰² *Ibid.*

¹⁴⁰³ *Ibid.*

¹⁴⁰⁴ Sur la question, v. *supra* n° 405.

prive pas automatiquement de cette sanction, il n'est pas exclu que le juge se saisisse de son pouvoir d'appréciation pour considérer autre chose que la sanction de la faute du créancier ; il est donc possible que la sanction de cette dernière faute – la privation de la prestation – soit disproportionnée par rapport à la faute – un manquement minime à l'exigence de bonne foi. Par ailleurs, la disqualification de la faute du créancier pour écarter l'exécution forcée ne signifie pas pour autant que celle-ci échappe à toute sanction : le débiteur peut réclamer l'obtention de dommages-intérêts et, si le manquement du créancier est suffisamment grave notamment s'il ne s'agit pas seulement d'une faute d'ordre comportemental, la résolution du contrat. En somme, il semble que la faute du créancier ne doive pas pouvoir être considérée comme une exception au droit d'option dont jouit ce contractant en matière d'exécution forcée.

858. Réforme du droit des contrats : silence quant à l'incidence de la faute du créancier.- A la veille de la réforme du droit des contrats, il est difficile de trouver une décision qui admet sans ambages que le créancier fautif voit son droit à l'exécution forcée menacé, comme il est délicat d'admettre de manière autonome la même solution tant celle-ci semble inopportune. La réforme du droit des contrats aurait pu être l'occasion de rompre avec cet état, d'autant que certains auteurs commentant l'article 1221 du Code civil issu du projet d'ordonnance avaient soulevé la question¹⁴⁰⁵. Le précédent texte, dans sa version finale, étant silencieux quant aux conséquences de la faute du créancier sur l'exécution forcée, il faut admettre la continuité de la solution antérieure à la réforme¹⁴⁰⁶. Partant, hier comme aujourd'hui, le débiteur ne peut entendre échapper à la demande en exécution forcée formulée par le créancier en démontrant sa faute dans l'exécution du contrat. Le constat inverse aurait permis de mettre entre les mains du débiteur une arme particulièrement redoutable, notamment lorsqu'il n'était pas certain de pouvoir se prévaloir de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Il reste à voir si l'indifférence de la faute du créancier quant à l'obtention de l'exécution forcée s'étend à la caractérisation de la disproportion manifeste.

¹⁴⁰⁵ V. par ex. P. Grosser, « Observations », préc.

¹⁴⁰⁶ V., plus nuancés, O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 551.

2) L'indifférence de la faute du créancier quant à la caractérisation de la disproportion manifeste

859. Position du problème.- Alors qu'il constate que le créancier a adopté un comportement fautif lors de l'exécution du contrat, le débiteur ne peut évoquer ce fait pour échapper à l'exécution forcée ; il devra se contenter des autres mesures sanctionnant ce manquement. Peut-il, en revanche, faire état de la faute du créancier pour perturber la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? Autrement dit, il s'agit de déterminer si la faute du créancier confère au débiteur un avantage dans le contrôle de l'article 1221 du Code civil.

860. Indifférence de la faute du créancier pour appréhender les termes du rapport de proportionnalité.- Il est certain que les débats relatifs à l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et au coût de la sanction pour le débiteur peuvent *a priori* être enrichis par la démonstration d'une faute du créancier lors de l'exécution du contrat. Le manquement du créancier peut partiellement contribuer à l'inexécution qui présentera alors des spécificités telles que sa correction présentera un coût excessif et non-anticipé pour le débiteur. Par exemple, lorsqu'un débiteur doit réaliser une prestation dans un environnement que maîtrise le créancier et que ce dernier omet de porter à son attention une information qu'il sait importante pour la bonne exécution du contrat, il est possible que l'inexécution qui en résulte soit telle que sa correction sera très coûteuse pour le débiteur. Cette hypothèse témoigne-t-elle pour autant d'une influence perturbatrice de la faute du créancier sur le contrôle de l'exécution forcée ? Il est possible d'en douter. Lorsque les termes du rapport de proportionnalité sont envisagés, c'est dans la perspective de leurs identification et valorisation pour mener ultérieurement une comparaison entre eux. La démarche est ainsi neutre et il est difficile de voir comment la faute du créancier peut produire une quelconque influence. Le constat concerne le coût de l'exécution forcée pour le débiteur : s'il s'agit d'augmenter artificiellement ce coût lorsque le créancier a commis une faute, de combien faut-il le faire ? Il vaut également pour l'intérêt du créancier : s'il s'agit de réduire artificiellement son intérêt du fait de sa faute valant renonciation partielle à la prestation en nature, de combien faut-il le faire ? En somme, il serait malaisé d'admettre une perturbation de l'appréhension ordinaire des termes du rapport de proportionnalité du fait de la faute du créancier. Le débiteur victime d'une telle faute ne bénéficie donc pas

d'un avantage sur celui dont le créancier a été irréprochable : il aura toujours à mesurer le coût de la correction de l'inexécution et l'intérêt de la sanction *in specie*.

861. Indifférence de la faute du créancier pour appréhender le rapport de proportionnalité en lui-même.- Au-delà des termes du rapport de proportionnalité, certains aspects du rapport en lui-même peuvent-ils être influencés par la démonstration d'une faute du créancier ? Assurément, les aspects probatoires et procéduraux ne sauraient être concernés : il n'est guère question de renverser la charge de la preuve de la disproportion manifeste en cas de faute du créancier. En revanche, la réponse ne saurait être aussi catégorique quant au seuil de la disproportion manifeste. La fixation de ce seuil procédant d'une démarche moins neutre que l'appréhension des termes du rapport de proportionnalité, une influence de la faute du créancier à ce stade du contrôle n'est pas à exclure. Concrètement, il se pourrait que les juges retiennent un seuil de la disproportion manifeste moins élevé lorsque le créancier a commis une faute. Plus cette faute est importante, plus le seuil serait abaissé par rapport à l'hypothèse d'un créancier irréprochable. En vérité, cette influence de la faute du créancier sur le seuil de la disproportion manifeste doit être écartée. En effet, il convient de rappeler que lors de l'étude du seuil de la disproportion manifeste, il avait été précisé que les facteurs tirés d'une approche morale du contrôle devaient être écartés dans la mesure où celui-ci répond davantage à une logique économique¹⁴⁰⁷. Or, il fait peu de doute que l'abaissement du seuil de la disproportion manifeste à la suite de la faute du créancier procède d'une volonté d'intégrer une dimension morale à ce contrôle. Dès lors, cette forme de sanction du comportement du créancier doit être écartée. Le constat n'empêche pas les parties d'exprimer une volonté contraire : par une clause, elles peuvent s'accorder sur le fait qu'un seuil moins important sera retenu en cas de faute du créancier¹⁴⁰⁸.

862. Conclusion.- La faute du créancier est-elle de nature à perturber la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée ? Le débiteur ne peut invoquer cette faute pour échapper à l'exécution forcée demandée par le créancier, ce qui lui aurait permis de faire l'économie de la démonstration de la disproportion de l'exécution forcée. De plus, ce même débiteur ne peut mobiliser la faute du créancier pour altérer

¹⁴⁰⁷ V. *supra* n° 598 et s.

¹⁴⁰⁸ V. *supra* n° 816 et s.

l'appréhension des termes du rapport de proportionnalité ou la fixation du seuil de la disproportion manifeste, puisque cette appréhension présente une forme de neutralité et que cette fixation ne ménage pas de place pour des facteurs relevant d'une approche morale.

863. Conclusion du paragraphe.- Pour caractériser la disproportion manifeste de l'exécution forcée, le juge doit faire plus ou moins attention au comportement des parties. Assurément, il doit faire particulièrement attention au comportement du débiteur qui n'exécute pas son engagement : si l'inexécution est intentionnelle, le débiteur doit être considéré comme de mauvaise foi et ne peut donc prétendre au bénéfice du contrôle de l'exécution forcée évoqué à l'article 1221 du Code civil. En revanche, il n'est guère nécessaire de prendre en considération le comportement du créancier et son éventuelle faute dans l'inexécution : indifférente dans la perspective du droit à l'exécution forcée, une telle faute ne doit pas venir perturber le contrôle de la disproportion manifeste de cette sanction dans la mesure où son intégration apparaît soit compliquée, soit malvenue dans un contrôle qui répond à une logique économique.

864. Conclusion de la section.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée peut être perturbé par les parties au contrat. Avant même l'apparition du litige, les parties peuvent exprimer leur volonté commune vis-à-vis du contrôle de l'exécution forcée, lequel est supplétif de volonté. Cette volonté peut viser à exclure purement et simplement le contrôle précité ou bien chercher à en aménager certains aspects, étant entendu que les clauses employées sont susceptibles d'être soumises aux divers mécanismes de lutte contre les clauses abusives. Les parties peuvent également perturber le contrôle de l'exécution forcée par leur comportement. L'assertion n'est toutefois pas vraie pour toutes les parties au contrat : alors que le comportement du créancier, potentiellement fautif, n'a pas d'influence sur la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, celui du débiteur est particulièrement important. En effet, l'article 1221 du Code civil réserve le jeu du contrôle de la sanction *in specie* au seul débiteur de bonne foi, notamment afin de prévenir toute instrumentalisation du contrôle et donc empêcher l'adoption de comportements illégitimement lucratifs. L'identification du débiteur de bonne foi, *a priori* malaisée tant il paraît difficile de concilier la qualité évoquée et le fait de ne pas respecter son engagement contractuel, est possible en retenant une

conception subjective de la notion de bonne foi : est de bonne foi – au sens de l’article 1221 du Code civil – le débiteur qui ne respecte pas le contrat de manière non-intentionnelle.

865. Conclusion du chapitre.- La mission confiée au juge par l’article 1221 du Code civil peut être compliquée par plusieurs éléments perturbateurs.

866. Ces éléments perturbateurs doivent être recherchés parmi les règles légales, qu’elles relèvent du droit commun des contrats ou bien qu’elles soient propres à certains d’entre eux. Toutefois, toutes ces règles ne conduisent pas nécessairement à amender le régime du contrôle de l’exécution forcée. Assurément, le principe de validité des contrats lésionnaires *ab initio* porté par l’article 1168 du Code civil suppose que le débiteur ne peut se plaindre d’une disproportion manifeste des intérêts qui existerait dès la conclusion du contrat. En revanche, il n’est guère opportun d’amender le régime du contrôle de l’article 1221 du Code civil pour les besoins de l’article 1195 du Code civil relatif à la révision pour imprévision. Lorsqu’il s’agit d’articuler le contrôle de l’exécution forcée et les règles propres à certains contrats, il faut admettre que la méthode d’articulation exposée à l’article 1105 du Code civil et qui consacre l’adage *specialia generalibus derogant* ne permet pas de réaliser efficacement cette articulation. Au vrai, le juge risque bien de décider de l’articulation entre le contrôle de l’exécution et les règles propres à certains contrats en fonction de l’opportunité des solutions en présence. Cela explique notamment que le contrôle de la disproportion manifeste ne devrait pas être écarté lorsqu’il est question de la sanction *in specie* de l’obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente, ou encore lorsqu’il s’agit de mettre en œuvre la garantie de parfait achèvement dans les contrats de construction.

867. D’autres éléments perturbateurs ont leur siège non plus dans la loi, mais dans la volonté et le comportement des parties. La volonté des parties peut s’exprimer au sujet du contrôle de l’exécution forcée car le pouvoir judiciaire n’échappe pas au principe de supplétivité qui domine la matière contractuelle. Tout en étant soumises aux différents instruments de lutte contre les clauses abusives, les parties peuvent donc exclure dans son ensemble ou bien aménager partiellement le contrôle de l’article 1221 du Code civil. Au-delà de la volonté des parties, c’est leur comportement qui est de nature à perturber la caractérisation de la disproportion manifeste de l’exécution forcée, quoique de manière

hétérogène. En effet, alors que le comportement du créancier est indifférent pour décider de l'octroi de l'exécution forcée ou pour réaliser le contrôle de l'exécution forcée, le comportement du débiteur est crucial. L'article 1221 du Code civil exige ainsi que le débiteur soit de bonne foi pour exciper de la disproportion manifeste de la sanction *in specie*. La condition légale, ajoutée à l'occasion de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, vise à lutter contre les fautes lucratives du débiteur. Si ce débiteur de bonne foi est *a priori* difficilement identifiable au regard du paradoxe qu'il existe à conjuguer bonne foi et inexécution du contrat, cette identification demeure nécessaire. Pour qui retient une conception psychologique de la bonne foi, le débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil est celui qui n'a pas intentionnellement méconnu son engagement contractuel. Autrement dit, seul le débiteur qui n'a pas commis une faute dolosive peut se prévaloir du contrôle de l'exécution forcée.

868. En définitive, envisager la caractérisation de la disproportion manifeste non plus de manière statique, mais de manière dynamique, fait apparaître nombre de points compliquant l'analyse judiciaire. Toutefois, l'approche dynamique ne fait pas seulement apparaître des éléments perturbateurs. En effet, il en est d'autres qui viennent, cette fois-ci, protéger la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DU CONTROLE

869. Lorsque le juge refuse de prononcer l'exécution forcée en raison de son coût manifestement disproportionné, une sanction de l'inexécution du contrat doit malgré tout intervenir. Si le créancier n'était pas en mesure d'obtenir une réponse à cette inexécution, c'en serait absolument fini de la force obligatoire du contrat. Ainsi, le créancier doit pouvoir mobiliser les autres sanctions énoncées à l'article 1217 du Code civil et développées dans les textes qui suivent¹⁴⁰⁹. La nécessité de sanctionner l'inexécution fait alors naître un risque de contournement de l'issue du contrôle de l'exécution forcée. En effet, il ne faudrait pas que le créancier obtienne une sanction présentant des similitudes, pour lui ou le débiteur, avec l'exécution forcée rejetée en première intention ; il en va de l'effectivité du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Ici, c'est moins la question de l'incompatibilité des sanctions entre elles qu'il s'agit de traiter¹⁴¹⁰, que celle de l'incompatibilité d'une sanction autre que l'exécution forcée avec le rejet de cette sanction *in specie*¹⁴¹¹. Force est alors de constater que les régimes des autres sanctions de l'inexécution contiennent des éléments protecteurs de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, quoique ces éléments reposent sur des logiques divergentes. Plus particulièrement, certaines sanctions sont menacées (**Section 1**) par cette caractérisation, quand d'autres lui demeurent indifférentes (**Section 2**).

¹⁴⁰⁹ Seule la question de la possibilité substantielle des autres sanctions de l'inexécution sera envisagée dans les pages qui suivent, supposant que le créancier ait formulé des demandes subsidiaires visant ces autres sanctions. Si le créancier a seulement demandé l'exécution forcée et que celle-ci est rejetée en raison de son coût manifestement disproportionné, une autre question d'ordre processuel se pose : le juge peut-il d'office prononcer une autre sanction ? Dans une étude récente, il a été démontré en quoi la question est éminemment délicate au regard du principe dispositif et en quoi il serait opportun de reconnaître au juge un pouvoir de suggestion à l'égard des sanctions de l'inexécution contractuelle, c'est-à-dire la possibilité de prononcer d'office une sanction après avoir recueilli l'avis des parties dans le respect du principe du contradictoire (L. Mayer, « Réflexions sur l'étendue des pouvoirs d'initiative du juge en matière contractuelle », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Théry*, LGDJ-Dalloz, 2022, p. 403). Ainsi, si le créancier n'a pas demandé une autre sanction de l'inexécution à titre subsidiaire et que l'exécution forcée est rejetée, le juge pourra, après avoir identifié les sanctions disponibles au fond, suggérer au créancier de solliciter à titre subsidiaire ces sanctions disponibles.

¹⁴¹⁰ Sur cette question, v. not. Q. Guiguet-Schiélé, « L'incompatibilité des sanctions de droit commun de l'inexécution contractuelle », préc. Elle conserve malgré tout un intérêt car si la disproportion manifeste de l'exécution forcée conduit à rendre indisponible une autre sanction, il restera au créancier à choisir entre les diverses sanctions restantes tout en respectant l'exigence de compatibilité fixée par l'article 1217 du Code civil.

¹⁴¹¹ V. I. Ta, « L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun », *Dr. et patr.* 2019, n° 291, p. 13, spéc. p. 21 ; A. Downe, « Vers un droit raisonnable : l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution », *LPA* 2019, n° 205, p. 6.

SECTION 1 : LES SANCTIONS MENACEES PAR LA CARACTERISATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

870. Le créancier qui se trouve privé de son droit à l'exécution forcée en raison de son caractère manifestement disproportionné peut également se voir refuser d'autres sanctions de l'inexécution du contrat. Le refus du juge est alors motivé par une volonté de ne pas remettre en cause la conclusion du contrôle qu'il a mené en matière d'exécution forcée, et donc d'empêcher son contournement par le créancier au moyen de sanctions plus ou moins assimilables à l'exécution forcée par leurs effets. Concrètement, il s'agit d'éviter que le débiteur soit tenu d'effectuer la prestation promise en étant condamné à la prétendue réparation en nature du dommage contractuel (§1) et d'éviter que ce même débiteur soit tenu de supporter le coût de la prestation promise en étant condamné à l'exécution forcée indirecte ou à des dommages-intérêts correspondant au coût de correction de l'inexécution (§2).

§1 LE DEBITEUR TENU D'EFFECTUER LA PRESTATION PROMISE : LA PRETENDUE REPARATION EN NATURE DU DOMMAGE CONTRACTUEL

871. Le contrôle de l'exécution forcée permet au débiteur, si une disproportion manifeste est caractérisée, d'échapper à la réalisation de la prestation promise et ainsi de ne pas supporter le coût d'une telle réalisation. Afin de respecter cette issue du contrôle, il *conviendrait* de l'étendre à la réparation en nature du dommage contractuel. L'emploi du conditionnel se justifie ici dans la mesure où l'existence même de cette sanction aux côtés de l'exécution forcée est débattue (A). Comme ce débat semble aboutir, de manière regrettable, à l'existence autonome de la réparation en nature en droit positif, il convient de voir dans quelle mesure le prononcé de cette sanction se trouve menacé par la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée (B).

A) LA REPARATION EN NATURE : UNE SANCTION A L'EXISTENCE DEBATTUE EN MATIERE CONTRACTUELLE

872. La réparation en nature du dommage contractuel existe-t-elle de manière autonome ? La doctrine, la jurisprudence et la Chancellerie ont pris part à ce débat qui doit être envisagé *de lege lata* (1) et *de lege feranda* (2).

1) L'existence de la réparation en nature *de lege lata*

873. Proximité notionnelle entre l'exécution forcée et la réparation en nature en matière contractuelle.- Lorsque l'inexécution du contrat lui est préjudiciable, le créancier peut demander au juge que le débiteur répare en nature le préjudice subi, cette réparation consistant en des mesures non monétaires, *in specie*, afin de supprimer le dommage contractuel¹⁴¹². Ainsi envisagée, la réparation en nature se présente comme une sanction entretenant une proximité troublante avec l'exécution forcée. Dans les deux hypothèses, en effet, il s'agit pour le débiteur de réaliser une action autre que le paiement d'une compensation pécuniaire afin de remédier aux conséquences de l'inexécution du contrat, de permettre une correction et un retour au respect de l'accord contractuel.

874. Différence de régime entre l'exécution forcée et la réparation en nature en matière contractuelle.- Cette proximité entre les deux sanctions est d'autant plus troublante qu'une divergence de régime importante existait entre elles jusqu'à la réforme du droit des contrats : alors que l'exécution forcée pouvait être exigée du créancier dès lors qu'elle était possible, le prononcé de la réparation en nature ressortait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui pouvaient préférer accorder au créancier une compensation pécuniaire. Deux décisions rendues le même jour par la Cour de cassation permettent de mesurer à la fois la proximité notionnelle et l'écart de régime entre les deux sanctions¹⁴¹³. Dans les deux décisions, des créanciers se plaignaient de la mauvaise exécution de contrats visant la construction d'une extension d'un chalet pour l'un, d'une maison individuelle pour l'autre. Les créanciers exigeaient concrètement que les

¹⁴¹² Pour un panorama de ces mesures *in specie*, v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 64 et s., p. 88 et s.

¹⁴¹³ Civ. 3^e, 16 juin 2015, n° 14-14.612 et n° 14-12.548, *RDC* 2015, p. 839, obs. Th. Genicon ; *RTD civ.* 2017, p. 107, obs. H. Barbier.

prestations promises leurs soient fournies en réclamant l'exécution forcée pour le contrat relatif au chalet et la réparation en nature pour le contrat relatif à la maison individuelle. L'exécution forcée fut accordée au créancier malgré l'importance des coûts de reprise par rapport aux désordres constatés et la réparation en nature fut refusée au créancier au regard des circonstances de l'inexécution, les juges du fond exerçant alors leur pouvoir souverain d'appréciation qui peut, même si ce n'était pas le cas en l'espèce, reposer sur un contrôle de la disproportion manifeste¹⁴¹⁴.

875. Doutes quant à l'existence autonome de la réparation en nature en matière contractuelle.- La proximité notionnelle et la différence de régime entre l'exécution forcée et la réparation en nature auraient pu être mobilisées plus tôt dans la thèse. En effet, dans le débat sur l'opportunité de l'atteinte à la force obligatoire engendrée par le contrôle de l'exécution forcée¹⁴¹⁵, la réparation en nature aurait pu fournir un argument de taille. Plus particulièrement, elle aurait pu être envisagée comme une sorte de précédent à la relativisation de la force obligatoire. Toutefois, si la réparation en nature fut volontairement évincée du propos à titre liminaire¹⁴¹⁶, c'est en raison des doutes qui entourent l'existence même de cette sanction en matière contractuelle¹⁴¹⁷. Or, si ces doutes venaient à se confirmer, alors l'appréciation des juges du fond en matière de réparation en nature devrait être perçue, pour la période antérieure à la réforme du droit des contrats du moins, comme une anomalie à évincer.

876. Comment se présente la remise en cause de l'existence de la réparation en nature ? L'attaque provient de diverses positions : certains nient tout simplement l'existence de la réparation en nature dans toutes les matières¹⁴¹⁸, d'autres relèvent que le dommage qui procède de l'inexécution du contrat ne peut être réparé que par une compensation pécuniaire¹⁴¹⁹, d'autres émettent des doutes au sujet de la réparation en nature puisque cette sanction autorise le juge à ordonner au débiteur la réalisation d'une

¹⁴¹⁴ V. *infra* n° 886 et s.

¹⁴¹⁵ V. *supra* n° 217 et s.

¹⁴¹⁶ V. *supra* n° 17.

¹⁴¹⁷ Pour une vue d'ensemble du débat, v. not. B. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, n° 69 et s., p. 96 et s.

¹⁴¹⁸ L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, 1933, n° 12 et s., p. 12 et s.

¹⁴¹⁹ V. not. J. Carbonnier, *Droit civil – Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1085, p. 2210

prestation différente de celle convenue et donc malmène la force obligatoire¹⁴²⁰, et quelques-uns rejettent l'idée de réparation dans la mesure où la responsabilité contractuelle n'existerait pas¹⁴²¹.

877. Au vrai, la critique la plus efficacement dirigée contre l'existence de la réparation en nature en matière contractuelle repose sur la remise en cause de son autonomie par rapport à l'exécution forcée : « lorsqu'on parle de "réparation en nature" il s'agit en réalité de l'exécution forcée de la prestation contractuelle, avec l'aide des différents moyens de contrainte dont disposent les tribunaux en toutes matières »¹⁴²². D'autres auteurs l'ont davantage déduite de l'impossible identification d'un critère satisfaisant pour distinguer la réparation en nature de l'exécution forcée. En effet, il est communément admis que ce qui distingue les deux sanctions est la satisfaction du créancier par la mesure prescrite : « [i]l y a exécution quand le créancier reçoit l'objet même de la prestation à laquelle il avait droit ; il y a, au contraire, réparation lorsqu'il ne reçoit qu'un équivalent »¹⁴²³. Or, comme l'a démontré un auteur dont le raisonnement doit être repris ici¹⁴²⁴, un tel critère finaliste – mâtiné d'une logique instrumentale car évoquant « la prestation à laquelle [le créancier] avait droit » – semble contestable à divers égards. Outre le fait que déduire la qualification de la sanction de la situation du créancier ou de ce qui est initialement convenu dans le contrat présente une logique et une opportunité douteuses¹⁴²⁵, réduire l'exécution forcée à la prestation promise et considérer que la réparation en nature ne peut procurer de satisfaction au créancier est malvenu. En effet, il n'est en rien évident que l'exécution forcée doive être évincée lorsqu'il n'est pas question de la prestation strictement promise : ce à quoi aspire le créancier victime de l'inexécution est moins la prestation identifiée dans le contrat que l'utilité qu'il attache à la bonne

¹⁴²⁰ G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *préc.*, n° 32, p. 196.

¹⁴²¹ V. not. Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3213.51 et s., p. 1367 et s. ; P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005/1, p. 13

¹⁴²² A. Bénabent, *Les obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2014, n° 403-1, p. 318.

¹⁴²³ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, préf. P. Hébraud, p. 146. Dans le même sens, v. P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat – Essai de classification*, *op. cit.*, n° 71 et s.

¹⁴²⁴ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 55 et s., p. 80 et s.

¹⁴²⁵ V. égal. L.-F. Pignarre, « Obligation de ne pas faire : quelle sanction au lendemain de la réforme ? », *préc.*, spéc. n° 9 et s., qui met indirectement en lumière les conséquences néfastes du critère de distinction sur l'appréhension des obligations de ne pas faire.

exécution de cette prestation. L'étude de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée a permis de mettre à jour que le créancier entend demander cette sanction en raison de tous les avantages qu'il lui associe, et qui dépassent bien souvent le cadre de la prestation *stricto sensu*¹⁴²⁶. L'idée peut être illustrée : voici qu'à l'occasion de l'exécution d'un contrat portant sur la construction de l'extension d'une maison sous la forme d'une véranda, le débiteur endommage le mur de la maison lors de la pose de la véranda et doit, pour assurer la bonne isolation de l'extension, détruire puis reconstruire ce mur alors que cela n'était pas prévu. A la fin de l'opération, le créancier ne risque pas de considérer qu'il a reçu une prestation différente que celle qu'il recherchait car ce qui importait pour lui était d'avoir une extension dotée d'une isolation efficace. De même, il n'est en rien évident que la réparation en nature ne puisse procurer satisfaction au créancier, alors que la sanction relevant de la responsabilité contractuelle – par hypothèse adéquate – entend fournir à la victime de l'inexécution un équivalent à ce qui était prévu par le contrat. En somme, il est difficile de placer avec assurance la frontière entre l'exécution forcée et la réparation en nature.

878. Le constat est susceptible d'expliquer les hésitations prétoriennes : une mesure qui pourrait *a priori* relever de l'exécution forcée peut se trouver envisagée sous le prisme de la réparation en nature¹⁴²⁷ et, inversement, une mesure assimilable *prima facie* à une réparation en nature se voit appliquer le régime de l'exécution forcée¹⁴²⁸. Or, si la frontière entre les deux sanctions ne saurait être trouvée, c'est peut-être parce que nulle frontière n'existe entre elles et, dès lors que le juge ordonne au débiteur de remédier à l'inexécution par une mesure *in specie*, c'est d'exécution forcée dont il faut parler. L'analyse revient à nier l'existence autonome de la réparation en nature du fait de son assimilation avec l'exécution forcée et – même si cela n'est pas systématique¹⁴²⁹ – à faire reculer le pouvoir d'appréciation des juges du fond quant à la sanction *in specie* de

¹⁴²⁶ V. *supra* n° 502 et s.

¹⁴²⁷ V. par ex. Civ. 3^e, 10 janvier 1990, n° 88-18.098, *RDI* 1990, p. 215 et 216, obs. Ph. Malinvaud et B. Boublil : les juges envisagent la démolition-reconstruction consécutive à un défaut d'implantation d'un immeuble comme une « modalité de la réparation du préjudice » alors que la mesure permet de satisfaire l'intérêt du créancier en lui procurant l'immeuble selon les termes du contrat.

¹⁴²⁸ V. par ex. Civ. 3^e, 9 décembre 1975, n° 74-13.118 : afin de remédier à la défectuosité de la prestation initialement réalisée, le débiteur est tenu de procéder à l'installation d'un système « qui n'a rien à voir avec celui faisant la loi des parties » car le créancier « était en droit [de l']exiger, quel que fut le coût du système ».

¹⁴²⁹ V. par ex. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 62 et s., p. 89 et s. pour qui l'exécution forcée ne doit pas ressortir de la seule volonté du créancier, mais bien plutôt être soumise à un contrôle du juge.

l'inexécution¹⁴³⁰. Le silence volontaire quant à la réparation en nature dans les premiers développements de la thèse témoigne de l'adhésion à l'idée selon laquelle il n'est pas d'existence autonome de la réparation en nature en matière contractuelle.

879. Il faut toutefois avouer que la critique adressée ici à l'autonomie de la réparation en nature en matière contractuelle est loin d'être partagée. Une partie majoritaire de la doctrine reconnaît l'existence de la réparation en nature et se satisfait de l'absence d'un critère fiable d'identification¹⁴³¹. Les juges, plus encore, évoquent souvent la réparation en nature du dommage contractuel, sanction de l'inexécution distincte de l'exécution forcée¹⁴³².

2) L'existence de la réparation en nature *de lege feranda*

880. **La réparation en nature dans la réforme de la responsabilité civile.-**
L'existence de la réparation en nature est-elle menacée à l'avenir ? La menace ne saurait venir de la jurisprudence, aucune annonce d'une évolution de la position prétorienne ne se faisant pressentir. *Quid*, en revanche, de la Chancellerie ? La critique relative à l'existence de la réparation en nature peut-elle y être entendue et reçue à l'occasion de la réforme annoncée de la responsabilité civile ?

881. La réforme du droit des obligations – une fois achevée – ne sonnera très certainement pas le glas de la réparation en nature en matière contractuelle. Certes, les textes du Code civil issus de la réforme du droit des contrats ne disent mot de la réparation en nature lorsqu'il s'agit d'énumérer les sanctions à la disposition du créancier ou lorsqu'il s'agit de détailler la réparation du préjudice qui procède de l'inexécution. Néanmoins, outre le fait que ces textes ne s'y opposent pas clairement, le *Rapport au Président de la République* précise que le maintien en l'état des textes relatifs à la réparation précitée « ne

¹⁴³⁰ En ce sens, v. not. G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », préc., n° 37, p. 202.

¹⁴³¹ V. not. les développements de G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 62 et s., p. 85.

¹⁴³² V. not. Civ. 3^e, 16 juin 2015, n° 14-12.548, préc.

doit (...) pas être interprété comme une remise en cause de la jurisprudence autorisant par exemple la réparation en nature du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle »¹⁴³³.

882. La réforme annoncée de la responsabilité civile va par ailleurs dans le sens de la consécration de la réparation en nature puisque l'article 1259 du projet de loi de 2017 indique, sans discriminer entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle, que « [l]a réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts (...) », précision qui précède une sous-section de deux articles intitulée « La réparation en nature »¹⁴³⁴.

883. Le débat relatif à l'existence de la réparation en nature n'en ressort pas grandi, malgré cette probable consécration, dans la mesure où nul critère d'identification de la sanction n'est proposé par le projet de loi. L'article 1260 du projet de loi de 2017 dispose bien que « [l]a réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage », mais cette précision évoque moins un critère permettant d'identifier la réparation en nature que l'exigence traditionnelle du caractère adéquat de la mesure sollicitée. Partant, ceux qui critiquent la distinction entre exécution forcée et réparation en nature en matière contractuelle ne devraient pas abandonner leur position et feront de l'absence d'un critère de distinction dans la réforme une nouvelle preuve de l'impossible autonomie de la réparation en nature à la suite de l'inexécution d'un contrat¹⁴³⁵.

884. Conclusion.- *De lege lata et de lege ferenda*, il semble bien que le créancier victime de l'inexécution puisse choisir, s'il entend obtenir la prestation promise par le débiteur, entre l'exécution forcée et la réparation en nature dotée d'une existence autonome. La conclusion ne satisfait pas à première vue : d'une part, elle méconnaît les arguments

¹⁴³³ *Rapport au Président de la République*, préc., p. 35. *Adde* dans le même sens G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 63, p. 87.

¹⁴³⁴ Sur ce projet de loi, v. not. J.-S. Borghetti, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, 770 ; D. Mazeaud, « Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 », in *Etudes en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 711. *Adde* les articles 1260 et 12661 du Code civil tels qu'issus de la *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, Sénat, 29 juillet 2020. Sur cette proposition de loi, v. not. M. Bacache, « Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *JCP G* 2020, 1007.

¹⁴³⁵ V. not., à propos de l'avant-projet de loi consacrant également la réparation en nature, Z. Jacquemin, « Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité », *RDC* 2016/4, p. 808.

pourtant pertinents de ceux qui rejettent l'existence de la réparation en nature en matière contractuelle ; d'autre part, elle laisse *a priori* envisager au créancier faisant face à l'obstacle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée qu'il peut le contourner en fondant sa demande sur le terrain de la réparation en nature. Toutefois, à bien regarder le régime de la réparation en nature, il semble que cette sanction soit également menacée lorsqu'existe une disproportion manifeste de l'exécution forcée.

B) LA REPARATION EN NATURE : UNE SANCTION MENACEE PAR LA CARACTERISATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE DE L'EXECUTION FORCEE

885. L'existence autonome de la réparation en nature fait naître un risque de contournement du contrôle de l'exécution forcée : alors qu'il pense que sa demande en exécution forcée sera rejetée car manifestement disproportionnée, le créancier peut essayer d'obtenir les mêmes effets – la correction *in specie* de l'inexécution – par le biais de la réparation en nature. Il semblerait toutefois que ce risque soit maîtrisé dans la mesure où la réparation en nature manifestement disproportionnée fait l'objet d'une exclusion (1). Malgré tout, il convient de noter la portée incertaine de cette exclusion (2).

1) L'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée

886. L'exclusion *de lege lata* de la réparation en nature manifestement disproportionnée.- Alors que l'exécution forcée était largement abandonnée à la volonté du créancier jusqu'à la réforme du droit des contrats, la réparation en nature du dommage contractuel ressort classiquement du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Pour déterminer s'il faut apporter une réponse *in specie* au dommage contractuel et choisir quelle réponse apporter, les juges apprécient divers facteurs, notamment la possibilité de la mesure sollicitée¹⁴³⁶ et son caractère adéquat, c'est-à-dire son aptitude à effectivement compenser le dommage contractuel¹⁴³⁷.

887. Au-delà, dans le cadre de ce pouvoir judiciaire, la pure opportunité de la réparation en nature est examinée, ce qui laisse aux juges la possibilité de mener un contrôle

¹⁴³⁶ B. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, n° 293 et s., p. 349 et s.

¹⁴³⁷ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 94 et s., p.124 et s.

leur permettant de confronter les intérêts respectifs des parties. Si certains auteurs espèrent une consécration officielle de ce contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité¹⁴³⁸, il s'exprime dans plusieurs décisions récentes, dont deux peuvent être ici évoquées.

888. Dans une première affaire¹⁴³⁹, il était question d'un contrat de construction de maison individuelle dont l'annulation était encourue et finalement prononcée du fait de diverses irrégularités. Dans le cadre des restitutions consécutives à cette annulation, les juges du fond avaient ordonné la destruction de la maison afin de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. La Cour de cassation, revenant partiellement sur une décision antérieure¹⁴⁴⁰, censura la décision des juges du fond qui auraient dû « rechercher si la démolition de l'ouvrage (...) constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient ». La solution, renouvelée explicitement depuis¹⁴⁴¹, intéresse le présent propos dans la mesure où certains auteurs voient dans la mesure sollicitée par les maîtres de l'ouvrage moins une mesure de restitution consécutive à l'annulation du contrat qu'une mesure de réparation en nature des conséquences dommageables de la nullité¹⁴⁴². À suivre ce raisonnement, il faut admettre que l'opportunité de la réparation en nature, laquelle est appréciée par les juges du fond, dépend en partie de sa proportionnalité par rapport au manquement constaté¹⁴⁴³.

889. Dans une seconde affaire opposant deux maîtres de l'ouvrage à un entrepreneur qui devait construire un immeuble, les maîtres de l'ouvrage avaient notamment sollicité la démolition-reconstruction de l'immeuble car l'entrepreneur n'avait

¹⁴³⁸ V. not. B. Barry, *La réparation en nature, op. cit.*, n° 355 et s., p. 403 et s. *Adde*, constatant cette tendance dans certains textes mettant une réparation en nature à la disposition du créancier : G. Viney, « La réparation en nature du dommage contractuel et le principe de proportionnalité », *RDC* 2007/2, p. 297.

¹⁴³⁹ Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *D.* 2015, p. 2423, note C. Dubois ; *RTD civ.* 2016, p. 140, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. H. Barbier ; *JCP G* 2016, 51, note M. Behar-Touchais ; *Adde*, en dernier lieu, Civ. 3^e, 27 mai 2021, n° 20-13.204 et n° 20-14.321.

¹⁴⁴⁰ Civ. 3^e, 26 juin 2013, n° 12-18.121, *RDI* 2013, p. 474, obs. F. Garcia et A. Venetier ; *RDC* 2013, p. 1315, obs. Y.-M. Laithier ; *Constr.-Urban.* 2014, alertes 28, note G. Durand-Pasquier,

¹⁴⁴¹ Civ. 3^e, 22 novembre 2018, n° 17-12.537, *D.* 2019, p. 279, obs. M. Mekki ; *RLDC* avril 2019, p. 8, note G. Maire ; *Constr.-Urban.* 2019, 30, note C. Sizaire :

¹⁴⁴² En ce sens, v. not. Y.-M. Laithier et G. Durand-Pasquier, notes sous Civ. 3^e, 26 juin 2013, préc. *Adde* M. Faure-Abbad, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », préc., spéc. n° 25, p. 198 et s. L'auteur relève qu'il est ici question de la réparation du préjudice qui n'est pas contractuel, en raison de la nullité du contrat, mais qu'il existe malgré tout une proximité logique avec la réparation du dommage contractuel car ce sont souvent des malfaçons – des inexécutions – qui poussent les parties à rechercher la nullité du contrat de construction.

¹⁴⁴³ En ce sens, v. not. H. Barbier, obs. sur Civ. 3^e, 15 octobre 2015, préc.

pas respecté le contrat : un seuil de vingt centimètres était placé à l'entrée principale du local commercial du rez-de-chaussée, ce qui le rendait inaccessible aux personnes à mobilité réduite¹⁴⁴⁴. Dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond ont rejeté la demande de réparation en nature – la démolition-reconstruction – au regard de son inopportunité : les juges du fond ont relevé que l'expert avait recommandé non pas de détruire l'immeuble, mais de procéder à des aménagements mineurs pour assurer sa mise en conformité, ce que les maîtres d'ouvrage n'avaient même pas tenté de faire. Autrement dit, les juges ont indirectement adhéré au contrôle mené par l'expert qui avait conclu au caractère disproportionné de la destruction-reconstruction en soi et par rapport aux autres mesures *in specie* possibles.

890. En définitive, comme en attestent les deux décisions qui précèdent, l'appréciation de l'opportunité de la réparation en nature est susceptible de passer par un contrôle de la proportionnalité de la mesure sollicitée¹⁴⁴⁵. La remarque n'est en rien surprenante tant il apparaît que dans le cadre des sanctions de l'inexécution du contrat, les juges ont déjà exprimé une tendance à exercer leur pouvoir souverain d'appréciation en considérant la proportionnalité *lato sensu* de la sanction envisagée par le créancier.

891. L'exclusion de lege feranda de la réparation en nature manifestement disproportionnée.- Si la réforme de la responsabilité civile venait à être adoptée, le contrôle de la réparation en nature devrait être encore davantage institutionnalisé et il y aurait ainsi validation des décisions jurisprudentielles présentées plus tôt. En effet, le second alinéa de l'article 1261 du projet de loi retient que la réparation en nature « ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime », formulation qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 1221 du Code civil relatif à l'exécution forcée du contrat. Le texte viendra ainsi opérer une harmonisation entre les obstacles qui se dressent sur la route des créanciers

¹⁴⁴⁴ Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-15.897, *RTD civ.* 2018, p. 923, obs. P. Jourdain ; *RTD civ.* 2018, p. 900, obs. H. Barbier ; *D.* 2019, p. 279, obs. M. Mekki.

¹⁴⁴⁵ *Adde*, dans le même sens, Civ. 3^e, 10 novembre 2021, n° 20-19.323, *RDI* 2022, p. 95, obs. G. Casu ; *Daloz actualité* 30 nov. 2021, obs. N. De Andrade (mauvaise pose d'un carrelage, les juges rejettent la demande de réparation en nature jugée hors de proportion avec le préjudice, « les travaux [de reprise] consistant à démolir le mur de la porte d'entrée, à piquer la dalle existante pour reconstruire un nouveau mur, à reprendre les chaînages verticaux et horizontaux, la façade, le doublage intérieur, le plafond de la pièce, et à procéder à la dépose et la pose d'un nouveau carrelage, avec toutes les conséquences immatérielles de ces travaux sur ce bien loué »).

réclamant ces sanctions de l'inexécution du contrat¹⁴⁴⁶, harmonisation imparfaitement réalisée par l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile¹⁴⁴⁷.

892. Aujourd'hui comme demain, le créancier qui réclamerait la réparation en nature du dommage contractuel est susceptible de voir sa demande rejetée s'il existe une disproportion manifeste entre le coût de la mesure sollicitée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Si ce constat est de nature à évincer le risque de contournement du contrôle de l'exécution forcée, il reste à mesurer la portée de l'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée.

2) La portée incertaine de l'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée

893. Portée de l'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée de lege lata.- Le risque de contournement du contrôle de l'exécution forcée par le biais de la réparation en nature semble réduit au regard de l'exclusion de cette dernière sanction lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son intérêt et son coût. Toutefois, si les conclusions des contrôles menés vis-à-vis de l'exécution forcée et de la réparation en nature devraient être identiques¹⁴⁴⁸, c'est à la condition que le juge adhère *a minima* au rapprochement entre les deux sanctions *in specie* de l'inexécution. Or, les précédents développements ont mis en évidence l'autonomie en droit positif de la réparation en nature, laquelle pourrait bien se prolonger au stade du contrôle de la sanction par le juge. L'autonomie du contrôle de la réparation en nature est possible car il n'est pas aussi fixé que celui de l'exécution forcée envisagé quant à lui à l'article 1221 du Code civil. La lettre ou même l'esprit des contrôles ne se superposant pas, il ne faut pas exclure que les mêmes circonstances factuelles aboutissent à des conclusions divergentes.

¹⁴⁴⁶ En ce sens, v. not. J.-S. Borghetti, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, p. 770, spéc. n° 17 ; M. Mekki, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », *Gaz. Pal.* 2 avril 2017, p. 12.

¹⁴⁴⁷ En ce sens, v. not. J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 1386, spéc. n° 47.

¹⁴⁴⁸ En ce sens, v. not. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 98, p. 128 et s.

894. Le juge qui contrôle la disproportion manifeste de la réparation en nature pourrait d'abord décider d'appréhender autrement les termes du rapport de proportionnalité. Il est possible que le juge intègre dans son raisonnement des coûts qui ne sont pas admis dans le cadre de l'article 1221 du Code civil – le coût de la sanction pour les tiers, le coût environnemental, le coût non-financier de la sanction et les coûts d'opportunité pour le débiteur – ou encore la situation patrimoniale du débiteur. Le juge pourrait également adopter une approche plus restrictive de l'intérêt du créancier pour la sanction en refusant toute place aux avantages indirectement attachés à la sanction ou, à l'inverse et comme il a eu l'occasion de le faire, en faisant une place à la disponibilité des autres sanctions de l'inexécution telles que la réduction du prix ou les dommages-intérêts.

895. Le juge qui contrôle la disproportion manifeste de la réparation en nature pourrait ensuite envisager autrement le rapport de proportionnalité en-lui-même, dans certains de ses aspects substantiels et procéduraux. Le seuil de la disproportion manifeste risquerait d'être différent, notamment si le juge considère que celui-ci est influencé par la confiance légitime qui existe entre les parties, un tel facteur étant indifférent dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée. La charge de la preuve de la disproportion manifeste de la réparation en nature, sanction qui n'est pas acquise au créancier victime de l'inexécution du contrat contrairement à l'exécution forcée, pourrait cette fois-ci être supportée par le créancier qui devrait alors démontrer que la mesure sollicitée n'est pas manifestement disproportionnée afin de l'obtenir de la part du juge.

896. Au-delà des termes du rapport de proportionnalité et de ce rapport en lui-même, *quid* des clauses qui viseraient le contrôle de l'exécution forcée ? Le juge qui apprécie l'opportunité de la réparation en nature doit-il les prendre en considération ? Si ce juge adhère résolument à l'autonomie de la réparation en nature, il n'est pas certain qu'il le fasse. En effet, il a été vu que la volonté exprimée par les parties dans leur accord ne devait pas faire l'objet d'une dénaturation : malgré quelques similitudes, une clause relative au prix fixé par forfait ou à la révision pour imprévision ne concerne pas l'exécution forcée¹⁴⁴⁹. Dès lors, pour le juge retenant l'autonomie de la réparation en nature, la clause relative à l'exécution forcée – sanction qui viserait à fournir au créancier la prestation exactement convenue dans le contrat afin de le satisfaire – pourrait ne pas être mobilisable

¹⁴⁴⁹ V. *supra* n° 795 et s.

dans le cadre de la réparation en nature – sanction qui viserait à réparer le dommage contractuel subi par le créancier. En fin de compte, il est concevable que les clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée ne puissent pas être mobilisées à l'occasion du contrôle de la réparation en nature.

897. *De lege lata* donc, le risque de divergence entre les contrôles de l'exécution forcée et de la réparation en nature est extrêmement regrettable. Un tel jugement ne devrait pas surprendre au regard de la critique adressée plus tôt à l'autonomie conceptuelle de la réparation en nature en matière contractuelle¹⁴⁵⁰. Alors qu'il était espéré que le nouveau contrôle de l'exécution forcée permette de relativiser l'importance du débat autour de la réparation en nature – puisque les deux sanctions seraient désormais soumises à une forme de contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité –, il en va tout autrement en pratique si les juges continuent d'adhérer à l'autonomie de la réparation en nature en matière contractuelle. Il demeure tout aussi important de trouver un critère de distinction satisfaisant entre les deux sanctions car des différences sont susceptibles d'apparaître lorsque le juge entend contrôler leur caractère manifestement disproportionné.

898. Portée de l'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée de lege feranda.- Si la réforme de la responsabilité civile venait à être adoptée, le risque de divergence devrait *a priori* être encore plus faible puisque le contrôle de la réparation en nature présenterait les mêmes termes que celui de l'exécution forcée, à la seule différence qu'il faut parler de l'intérêt pour la victime et du coût pour le responsable.

899. Ce risque de divergence des conclusions des contrôles ne saurait toutefois être totalement exclu. En effet, si les termes des contrôles sont identiques, leurs esprits pourraient ne pas l'être. La lecture de l'article 1221 du Code civil permet de dire que la disproportion manifeste de l'exécution forcée est conçue comme une exception à un droit acquis au créancier, cette exception étant au service de l'efficacité économique de la sanction¹⁴⁵¹. L'identité de la disproportion manifeste de la réparation en nature est autrement

¹⁴⁵⁰ V. *supra* n° 875 et s.

¹⁴⁵¹ V. *supra* n° 271 et s.

plus incertaine, car les textes ayant trait la réparation en nature dans le projet de loi interrogent¹⁴⁵². Ce contrôle de la réparation en nature doit-il être envisagé comme une exception à une sanction acquise par le créancier ou participe-t-il d'un contrôle plus général de l'opportunité de la mesure qui ne serait pas due au créancier ? Dans le premier cas, il y aurait très probablement une identité des conclusions des contrôles des sanctions. Dans le second cas, il se pourrait que l'appréhension alternative du contrôle constatée *de lege lata* perdure partiellement, ce qui aboutirait à de potentielles divergences dans les contrôles des sanctions examinées.

900. En définitive, le régime présent et à venir de la réparation en nature pourrait permettre d'éviter une incohérence entre les sanctions de l'inexécution : lorsque l'exécution forcée est rejetée car manifestement disproportionnée, la réparation en nature se trouve également menacée. Néanmoins, l'incohérence peut poindre si les juges se fondent sur la prétendue autonomie de la réparation en nature pour pratiquer un contrôle autonome, aboutissant peut-être à des conclusions différentes de celui de l'article 1221 du Code civil. Ce résidu d'incohérence est assurément préjudiciable et montre une nouvelle fois que le débat autour de l'autonomie de la réparation en nature est toujours porteur d'un enjeu important. Or, en l'absence de critères de distinction satisfaisant entre les deux sanctions *in specie* de l'inexécution du contrat, il faudrait bien admettre que seule l'exécution forcée devrait être maintenue. Il n'est pas trop tard pour que la réforme de la responsabilité civile en prenne acte et qu'elle réserve la réparation en nature à la seule matière extracontractuelle.

901. Conclusion.- S'il est envisageable que la réparation en nature du dommage contractuel concurrence l'exécution forcée, le contournement du contrôle de cette dernière sanction par la première est moins probable. En effet, la réparation en nature est également soumise à un contrôle de la disproportion manifeste, relativement diffus aujourd'hui et affirmé demain, qui devrait conduire à ce que la mesure *in specie* rejetée dans le cadre de l'exécution forcée le soit également dans celui de la réparation en nature. Néanmoins, l'identité entre les contrôles n'est pas parfaitement assurée et il n'est pas exclu que des

¹⁴⁵² Sur cette difficulté déjà présente dans l'avant-projet de loi, v. not. J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », préc., spéc. n° 41.

divergences existent entre leurs conclusions, ce qui est particulièrement regrettable et devrait être combattu.

902. Conclusion du paragraphe.- Le contrôle de l'exécution forcée permet d'éviter au débiteur d'effectuer une prestation dont le coût serait manifestement disproportionné par rapport à son intérêt. Or, la réparation en nature du dommage contractuel poursuit le même objectif que l'exécution forcée, ce qui rend son autonomie discutable et crée un risque de contournement du contrôle visé à l'article 1221 du Code civil. Le risque de contournement est, à la réflexion, maîtrisé dans la mesure où il existe aussi un contrôle de la réparation en nature qui devrait conduire à ce que l'exclusion de l'exécution forcée rayonne sur la mesure de réparation en nature, elle-même exclue. Ce rayonnement, bienvenu pour préserver la cohérence entre les sanctions de l'inexécution du contrat, est toutefois incertain puisqu'il demeure des doutes quant à l'identité des contrôles applicables aux deux sanctions. Ainsi, il n'est pas assuré que le débiteur évite d'effectuer la prestation promise. Le même doute existe lorsqu'il est question du coût de la prestation promise que le débiteur devrait supporter en cas d'exécution forcée indirecte ou de dommages-intérêts correspondant au coût de correction de l'inexécution.

§2 LE DEBITEUR TENU DE SUPPORTER LE COUT DE LA PRESTATION PROMISE : L'EXECUTION FORCEE INDIRECTE ET LES DOMMAGES-INTERETS EVALUES A HAUTEUR DU COUT DE SUBSTITUTION

903. Le débiteur qui échappe à l'exécution forcée en raison de son caractère manifestement disproportionné espère *in fine* ne pas avoir à supporter le coût d'une prestation qui serait trop excessif. Le contrôle de l'article 1221 du Code civil verrait donc son efficacité menacée si le débiteur venait à supporter par le moyen d'une autre sanction le coût évité en premier lieu. La menace pourrait venir de deux sanctions : l'exécution forcée indirecte (**A**) et les dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution (**B**).

A) L'EXECUTION FORCEE INDIRECTE

904. Le créancier victime de l'inexécution peut espérer que celle-ci soit corrigée *in specie* sans pour autant que le débiteur procède lui-même à cette correction. L'exécution forcée indirecte permet d'atteindre cet objectif en faisant supporter au débiteur le coût de la correction de l'inexécution. À peine la présentation de l'exécution forcée indirecte faite, il apparaît qu'elle constitue un risque pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée directe (1). L'étude de son régime fait toutefois apparaître que la sanction est elle-même menacée par la caractérisation de la disproportion manifeste précitée (2), évacuant ainsi tout risque de contournement du contrôle de l'exécution forcée directe.

1) L'exécution forcée indirecte : un risque pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée directe

905. Présentation de l'exécution forcée indirecte.- Plutôt que d'exiger du débiteur qu'il réalise la prestation promise, le créancier peut demander à un tiers une telle réalisation et en faire supporter le coût par le débiteur. Cette exécution forcée indirecte du contrat était envisagée dans le Code civil de 1804 comme un moyen de compenser le rejet littéral de l'exécution forcée directe : le créancier, privé de la faculté de demander au débiteur l'exécution *in specie* de la prestation, pouvait l'obtenir d'un tiers aux dépens du débiteur¹⁴⁵³. Les anciens articles 1143¹⁴⁵⁴ et 1144¹⁴⁵⁵ du Code civil évoquaient ainsi la destruction de ce qui avait été fait en contravention d'une obligation de ne pas faire et le remplacement du débiteur qui n'avait pas exécuté une obligation de faire.

906. Le développement de la primauté de l'exécution forcée n'a pas signifié, pour autant, un tarissement de l'exécution forcée indirecte. Le créancier peut ne pas vouloir confier l'exécution de l'obligation à un débiteur par hypothèse défaillant, et donc peu digne

¹⁴⁵³ V. *supra* n° 162.

¹⁴⁵⁴ Anc. art. 1143 C. civ. : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu ».

¹⁴⁵⁵ Anc. art. 1144 C. civ. : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ».

de confiance. Avec le développement de la primauté de l'exécution forcée directe, l'exécution forcée indirecte a aligné son régime sur celui de la sanction dont elle essayait autrefois de combler l'absence : le créancier pouvait faire supporter au débiteur le coût de la prestation promise – mais exécutée par un tiers – sans démontrer l'existence d'un préjudice et sans que le juge puisse apprécier l'opportunité de la mesure¹⁴⁵⁶. Autrement dit, l'exécution forcée indirecte était de droit pour le créancier victime de l'inexécution.

907. Si la question du pouvoir du juge vis-à-vis l'exécution forcée indirecte a pu être discutée en doctrine à cause de la nature incertaine de la sanction, d'aucuns y voyant une forme de réparation en nature soumise au contrôle du juge ou une résolution dont la validité dépend du caractère suffisamment grave de l'inexécution¹⁴⁵⁷, la discussion n'est plus possible au lendemain de la réforme du droit des contrats. En effet, l'exécution forcée indirecte est désormais envisagée à l'article 1222 du Code civil, texte qui suit celui consacré à l'exécution forcée directe et avec lequel il compose une sous-section intitulée « L'exécution forcée en nature ». Autrement dit, l'exécution forcée indirecte est avant tout une exécution forcée, laquelle est de droit pour le créancier victime de l'inexécution¹⁴⁵⁸.

908. L'exécution forcée indirecte est aujourd'hui prévue à l'article 1222 du Code civil, lequel précise « [qu'a]près mise en demeure, le créancier peut aussi (...) faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin [al. 1^{er}]. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction [al. 2nd] ». Le texte est dans la lignée des anciens articles 1143 et 1144 du Code civil puisqu'il fournit au créancier les moyens de remplacer le débiteur défaillant ou de détruire ce qui a été fait en violation d'une obligation. Surtout, l'article 1222 du Code civil est dans la lignée des tendances contemporaines qui caractérisent les sanctions de l'inexécution, au moins d'un point de vue procédural. D'abord, il n'est pas systématiquement nécessaire d'obtenir l'autorisation judiciaire pour remplacer le débiteur défaillant : seule la destruction de ce qui a été fait en

¹⁴⁵⁶ V. par ex. Civ. 3^e, 9 mai 2007, n° 06-12.474, *RDI* 2007, p. 336, obs. F.-G. Trébulle.

¹⁴⁵⁷ Sur ce débat, v. not. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 60, p. 82 et s. (et les références citées).

¹⁴⁵⁸ En ce sens, v. not. Y.-M. Laithier, « Exécutions forcées par équivalent et en nature », *préc.*, spéc. p. 578.

violation d'une obligation de ne pas faire requiert l'intervention préalable du juge. À cet égard, le projet d'ordonnance était plus ambitieux – sans doute trop à suivre la plupart des commentateurs – puisqu'il ne rendait pas obligatoire l'autorisation préalable y compris pour la faculté de destruction¹⁴⁵⁹. Le texte définitif ne fait donc que consacrer en droit commun l'unilatéralisme déjà admis pour certains contrats spéciaux¹⁴⁶⁰, avec le risque d'une efficacité douteuse de l'extension puisque le créancier peut préférer la voie judiciaire afin d'éviter que le juge rejette *a posteriori* la mesure choisie¹⁴⁶¹. Ensuite, il faut en principe que le créancier ait mis en demeure le débiteur défaillant avant de mettre en œuvre l'exécution forcée indirecte, une telle condition préalable se retrouvant dans le cadre des autres sanctions de l'inexécution.

909. Menace de l'exécution forcée indirecte vis-à-vis de l'exception tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée directe.- L'exécution forcée indirecte étant davantage identifiée, en quoi menace-t-elle la nouvelle exception à l'exécution forcée directe évoquée à l'article 1221 du Code civil ? Au sujet de la réparation en nature, il avait été vu que la menace venait du fait que le créancier pouvait contourner l'exception : la réparation en nature lui permettait d'obtenir la prestation promise tout en faisant supporter le même coût – manifestement disproportionné – au débiteur. *A priori*, il en va de même dans le cadre de l'exécution forcée indirecte : la présentation faite de la sanction laisse à penser que le créancier devinant que sa demande en exécution forcée directe sera rejetée – car manifestement disproportionnée – pourrait essayer d'obtenir le même résultat en fondant sa demande sur l'exécution forcée indirecte. En effet, pour le créancier, il existe une identité relative dans nombre de cas entre l'exécution forcée indirecte et l'exécution forcée directe puisque la première permet également d'obtenir la prestation promise dans le contrat, même si c'est un tiers qui procède à sa réalisation – ce qui importe assez peu pour lui car, par hypothèse, l'exécution forcée indirecte suppose un contrat qui n'a pas été conclu *intuitu personae*. Pour le débiteur, la même identité relative est remarquée car, peu importe la forme de la sanction – directe ou indirecte –, il devra supporter le coût de la correction de l'inexécution, même si pour l'exécution forcée indirecte il la supporte en

¹⁴⁵⁹ Sur cet aspect, v. not. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n° 639, p. 588 et s.

¹⁴⁶⁰ V. not. art. 1792-6, al. 4 C. civ. qui prévoit que la garantie de parfait achèvement peut être mise en œuvre grâce au concours d'un tiers sans autorisation judiciaire.

¹⁴⁶¹ En ce sens, v. not. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 963, p.698.

finançant la prestation du tiers et non pas en s'exécutant lui-même. En conséquence, le risque de contournement de l'exception tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée directe est bien réel et, si ce risque venait à se concrétiser, il y aurait une atteinte évidente à l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil. Fort heureusement, une étude plus complète du régime de l'exécution forcée indirecte montre que la concrétisation redoutée est peu probable puisque cette sanction se trouve menacée par la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée directe.

2) L'exécution forcée indirecte : une sanction menacée par l'exception à l'exécution forcée directe

910. Extension de l'exclusion de l'exécution forcée directe au nom de la cohérence entre les sanctions de l'inexécution.- Afin de ne pas ruiner l'effectivité de la nouvelle exception à l'exécution forcée directe et, en définitive, préserver une forme de cohérence entre les sanctions de l'inexécution du contrat, l'exécution forcée indirecte devrait être écartée lorsque le débiteur peut caractériser la disproportion manifeste selon les termes de l'article 1221 du Code civil. Comme il a été observé, « [l]a mise en œuvre de la faculté de remplacement ne doit pas être un moyen *détourné* pour le créancier d'obtenir, sans l'autorisation du juge, l'exécution en nature de l'obligation par un tiers aux frais du débiteur alors que l'article 1221 du Code civil ne lui permettait pas de l'obtenir directement de ce dernier, dès lors qu'il existait "une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier" »¹⁴⁶².

911. Ressources de l'article 1222 du Code civil pour éviter le contournement du contrôle de l'exécution forcée directe.- Afin que l'exécution forcée indirecte ne permette pas de contourner le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée

¹⁴⁶² C. Grimaldi, « Proposition de modification de l'article 1221 du Code civil : l'exécution aux frais du débiteur », *RDC* 2017/1, p. 192.

indirecte, certains ont proposé de modifier la lettre de l'article 1222 du Code civil¹⁴⁶³. En vérité, pour ce faire, il est possible de compter sur la lettre existante de l'article 1222 du Code civil, partiellement omise à dessein. En effet, le texte précise que l'exécution forcée indirecte peut-être demandée « dans un délai et à un coût raisonnables » (nous soulignons). La question du délai raisonnable important peu pour le présent propos, il s'agit simplement de relever que la sollicitation du tiers ne doit ni être trop précipitée – pour laisser une chance au débiteur mis en demeure de s'exécuter – ni être trop tardive – pour que la prestation conserve un intérêt¹⁴⁶⁴. Il est plus pertinent de s'intéresser à la condition du coût raisonnable de l'exécution forcée indirecte, laquelle pourra être envisagée de plusieurs manières. En effet, si « la formule est vague »¹⁴⁶⁵, deux approches – l'une centrée sur l'article 1222 du Code civil, l'autre faisant également appel à l'article 1221 du Code civil – seront sans doute conjointement privilégiées par les juges faisant application du texte. Or, la seconde approche permet d'éviter le contournement du contrôle de l'exécution forcée directe par le créancier.

912. Selon la première approche du « coût raisonnable », le surcoût le plus communément redouté par le débiteur dans le cadre de l'exécution forcée indirecte est celui qui survient lorsque le créancier sollicite la prestation d'un tiers réclamant un prix bien supérieur au coût que le débiteur devait supporter pour cette même prestation. Pour éviter ce surcoût engendré par l'exécution forcée indirecte, le débiteur peut essayer de démontrer que la mesure présente un coût déraisonnable au sens de l'article 1222 du Code civil. Ici, il ne s'agit pas de mettre en perspective l'intérêt et le coût de la sanction comme dans le cadre de l'article 1221 du même Code, mais bien plutôt de confronter le coût de la prestation tel qu'envisagé par le débiteur par rapport à celui réclamé par le tiers le

¹⁴⁶³ *Ibid.* L'auteur propose ainsi une réécriture de l'article 1222 du Code civil : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation, sauf si le débiteur s'y est refusé en justifiant d'une disproportion manifeste entre son coût et son intérêt pour le créancier, conformément à l'article 1221. Dans ce cas, il devra solliciter l'autorisation préalable du juge, à moins que, estimant infondées les justifications avancées par le débiteur, il fasse exécuter à ses risques et périls l'obligation par un tiers. [al. 1^{er}]. Il peut, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. [al. 2^e]. Dans tous les cas, il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. [al. 3^e] ».

¹⁴⁶⁴ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 554.

¹⁴⁶⁵ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 56, p. 80 ; P. Grosser, « L'exécution forcée en nature », *préc.*, qui regrettent la formulation de ces deux limites à l'exécution forcée indirecte.

remplaçant. Comme l'écrivent certains commentateurs, le coût de remplacement « s'appréciera en considération du coût qu'aurait normalement emporté l'exécution par le débiteur »¹⁴⁶⁶. Si cette confrontation fait apparaître aux yeux du juge un surcoût important et non justifié, le créancier ne pourra pas réclamer le financement de la prestation du tiers par le débiteur : « [l]e créancier ne saurait en effet abuser de son droit, en profitant de cette faculté de substitution pour réaliser des travaux dont le coût se révélerait, sinon exorbitant, du moins sensiblement supérieur à celui convenu au contrat »¹⁴⁶⁷. En somme, le coût raisonnable de l'exécution forcée indirecte vise à préserver en partie l'équilibre économique du contrat malgré son inexécution¹⁴⁶⁸, cette exigence ne devant pas permettre au créancier d'imposer un surcoût trop important au débiteur.

913. Selon la seconde approche du « coût raisonnable », la condition posée par l'article 1222 du Code civil peut être envisagée en relation avec l'exception tirée du coût manifestement disproportionné de l'article 1221 du Code civil puisqu'entre les deux textes, à ce sujet, « [l]a résonance (...) est flagrante »¹⁴⁶⁹. Lorsque la réforme du droit des contrats était à l'état de projet d'ordonnance, cette démarche était évidente car l'exécution forcée directe était exclue lorsqu'elle présentait un « coût (...) manifestement déraisonnable » et que l'exécution forcée indirecte connaissait le même sort si son coût n'était pas raisonnable. L'identité des termes et la différence de degré pouvaient alors laisser entendre une sorte de relation intime, sinon hiérarchique, entre les formes d'exécution forcée¹⁴⁷⁰. Dans sa version définitive, toutefois, l'article 1221 du Code civil n'évoque pas le caractère manifestement déraisonnable du coût, mais la disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction. Cette disjonction entre la formule du texte et celle employée à l'article 1222 du Code civil signifie-t-elle qu'aucune communication entre eux n'est désormais envisageable ? La réponse est nécessairement négative. Entre la formule du projet et celle finalement retenue pour l'article 1221 précité, il y a eu une évolution du champ du contrôle judiciaire : l'indétermination du raisonnable a laissé place à l'encadrement relatif de la

¹⁴⁶⁶ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3212.82, p. 1355.

¹⁴⁶⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 783, p.874.

¹⁴⁶⁸ A. Aynès, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. & patr.* juin 2016, p. 49, spéc. p. 50.

¹⁴⁶⁹ V. Forti, *V° « L'exécution forcée »*, préc., n° 83.

¹⁴⁷⁰ En ce sens, même après la modification de la lettre de l'article 1221 du Code civil, v. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n° 639, p. 589.

disproportion manifeste du coût de la sanction par rapport à son intérêt¹⁴⁷¹. Or, une telle modification correspond plus à une réduction qu'à une exclusion de la mission judiciaire : le juge qui apprécie le caractère raisonnable de l'exécution forcée indirecte peut *notamment* considérer la disproportion manifeste précitée. Qui peut le plus, peut le moins. En conséquence, s'il s'agit de recentrer le propos sur l'article 1222 du Code civil, dans l'appréciation du coût raisonnable, le juge peut notamment mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité confrontant le coût et l'intérêt de la sanction. Plusieurs commentateurs ont mis en évidence ce point : « [l]es juges pourraient en effet être tentés de transposer [l']exigence de "proportionnalité" [de l'article 1221 du Code civil] à l'article 1222, en vérifiant que le coût de la substitution ou de la destruction n'est pas manifestement disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier »¹⁴⁷². Une telle appréhension pourrait empêcher le créancier à qui le juge refuse l'exécution forcée directe en raison de son caractère manifestement disproportionné d'obtenir le même résultat en demandant l'exécution forcée indirecte car la mesure présenterait un coût déraisonnable : « [o]n comprendrait mal en effet que cette exception de disproportion [visée à l'article 1221 du Code civil], de nature à faire obstacle à l'exécution forcée directe, ne puisse jouer en cas d'exécution forcée indirecte »¹⁴⁷³.

914. Dans la très grande majorité des cas, s'il existe une disproportion manifeste de l'exécution forcée directe, il y aura une disproportion manifeste de l'exécution forcée indirecte car l'intérêt du créancier est inchangé, tout comme le coût de la sanction pour le débiteur qui correspond à la correction de l'inexécution ou au financement de cette correction. Toutefois, à la réflexion, il est possible que l'exécution forcée indirecte ne soit pas manifestement disproportionnée si le coût de la correction est inhérent et personnel au débiteur, un tiers pouvant alors opérer la correction nécessaire pour un coût moindre. Si l'hypothèse est assurément rare puisqu'en principe le tiers qui doit corriger l'inexécution

¹⁴⁷¹ V. *supra* n° 130.

¹⁴⁷² F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 128.122, p. 148.

¹⁴⁷³ *Ibid.* Adde L.-F. Pignarre, « Obligation de ne pas faire : quelle sanction au lendemain de la réforme ? », *préc.*, spéc. n° 16, p. 689 ; J.-S. Borghetti, « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », *préc.*, spéc. n° 19, p. 140 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 766, p. 1046 : « Il n'est donc pas douteux que toutes les exceptions de l'article 1221 s'appliquent aux mesures de l'article 1222 et que l'exécution en nature les englobe ».

est face aux mêmes difficultés que le débiteur¹⁴⁷⁴, il ne faut pas l'exclure. Il revient donc au juge de mener un contrôle de l'exécution forcée indirecte distinct, autonome de celui qu'il aurait pu réaliser dans le cadre de l'exécution forcée directe. Quelle est la portée de cette autonomie ? Dans un premier mouvement, à cause de l'absence de cadre littéral pour ce contrôle, le juge pourrait être tenté de prendre quelque liberté par rapport à celui pratiqué dans le cadre de l'exécution forcée directe en appréciant différemment les termes du rapport de proportionnalité ou le seuil de la disproportion manifeste. Le juge doit toutefois combattre cette tentation et ne pas s'inspirer de la potentielle autonomie dont il bénéficierait dans le cadre de la réparation en nature en matière contractuelle, si celle-ci venait à exister aux côtés de l'exécution forcée. En effet, contrairement à la réparation en nature qui bénéficierait d'une certaine autonomie puisque relevant d'une sphère différente – la responsabilité contractuelle –, l'exécution forcée indirecte relève avant toute chose de l'exécution forcée directe et de l'esprit qui anime cette sanction. Autrement dit, l'exécution forcée indirecte est une sanction clairement « suiveuse » ou dépendante de l'exécution forcée directe. Si le juge souhaite la soumettre à un contrôle confrontant le coût et l'intérêt de la sanction, il ne saurait faire autre chose que reproduire celui qu'il met en œuvre dans le cadre de l'exécution forcée directe. Comme cela été relevé, l'exécution forcée indirecte « s'impose (...) sous réserve que le coût de la mesure ne soit pas manifestement disproportionné à son intérêt pour le créancier qui la réclame, comme en dispose l'article 1221 à titre général »¹⁴⁷⁵. Nier toute autonomie au contrôle de l'exécution forcée indirecte signifie également que les prévisions contractuelles des parties relatives au contrôle de l'exécution forcée directe doivent être étendues au contrôle de l'exécution forcée indirecte, à moins qu'elles n'en disposent autrement. Cette approche de la relation entre les articles 1221 et 1222 du Code civil permet de préserver au mieux l'efficacité de l'exception tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée directe et, partant, la cohérence des sanctions de l'inexécution.

915. Conclusion.- Le créancier qui redoute que sa demande en exécution forcée directe soit rejetée pourrait *a priori* tenter de se tourner vers l'exécution forcée indirecte

¹⁴⁷⁴ Au surplus, si le tiers n'est pas confronté aux mêmes difficultés que le débiteur, la logique de marché pourrait le pousser à proposer la prestation à un coût supérieur du fait de la raréfaction des opérateurs pouvant le faire.

¹⁴⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 544, p. 503 (nous soulignons).

afin d'obtenir la prestation promise. Si cette sanction fait naître un risque de contournement de l'exception tirée de la disproportion manifeste de l'exécution forcée directe, ce risque est supprimé par son régime. En effet, l'article 1222 du Code civil exige que l'exécution forcée indirecte présente un coût raisonnable, ce qui n'est certainement pas le cas lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction. Or, de manière quasiment mécanique, le constat d'une telle disproportion pour l'exécution forcée directe peut être étendu à l'exécution forcée indirecte, laquelle doit alors être rejetée. Ainsi, le débiteur n'aura pas à supporter le coût excessif de la prestation promise. Une autre hypothèse dans laquelle le débiteur est susceptible de supporter ce coût est celle de l'allocation de dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution.

B) LES DOMMAGES-INTERETS EVALUES A HAUTEUR DU COUT DE SUBSTITUTION

916. L'article 1217 du Code civil permet au créancier de demander au juge que le débiteur lui verse des dommages-intérêts en complément d'une autre sanction de l'inexécution, ou de manière autonome, afin de réparer le préjudice contractuel subi. Lorsque des dommages-intérêts sont alloués à titre principal et qu'ils sont évalués à hauteur du coût de substitution afin d'assurer l'exécution par équivalent de l'obligation, ils constituent une menace pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée (1). La préservation de l'efficacité du contrôle précité impose donc l'exclusion ponctuelle de l'évaluation des dommages-intérêts à hauteur du coût de substitution (2).

1) L'évaluation des dommages-intérêts à hauteur du coût de substitution : une menace pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée

917. La mesure des dommages-intérêts : des fonctions de la responsabilité contractuelle aux formules d'évaluation.- Un reproche communément et opportunément fait à la réforme du droit des contrats est d'avoir délaissé la responsabilité contractuelle en se contentant de reformuler à la marge et de renuméroter les dispositions existantes dédiées à la question. L'absence de rénovation des textes n'a pas permis de tarir les débats doctrinaux qui structurent la matière, notamment celui qui porte sur les fonctions de cette

responsabilité¹⁴⁷⁶. Si d'aucuns voient dans la responsabilité contractuelle un mécanisme d'exécution par équivalent du contrat¹⁴⁷⁷, certains l'envisagent plus classiquement comme un outil de réparation¹⁴⁷⁸, quand d'autres reconnaissent que ces deux missions ont vocation à cohabiter¹⁴⁷⁹. Or, l'absence de clarification quant aux fonctions de la responsabilité contractuelle au moment de la réforme du droit des contrats et, vraisemblablement, celle à venir de la responsabilité civile, ne va pas sans créer des difficultés¹⁴⁸⁰, notamment pour l'harmonie entre les sanctions de l'inexécution du contrat. L'assertion se vérifie particulièrement avec la question des dommages-intérêts que le créancier peut réclamer s'il est privé de l'exécution forcée en raison de son caractère manifestement disproportionné.

918. La diversité des fonctions attribuables à la responsabilité contractuelle s'explique par le fait que la sanction repose sur un principe particulièrement large, celui de la réparation intégrale. Ce principe, qui résultait des anciens articles 1149 et 1159 devenus 1231-2 et 1231-3 du Code civil¹⁴⁸¹, s'énonce aisément : le débiteur est tenu de compenser l'intégralité du préjudice prévisible causé au créancier du fait de l'inexécution, et seulement ce préjudice prévisible afin de ne pas enrichir le créancier. Autrement dit, « le créancier doit être mis, dans la mesure du possible, dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté [...] (...) il faut ainsi non seulement comparer la situation du créancier avant et après l'inexécution contractuelle, mais encore prendre en considération la situation dans laquelle celui-ci aurait été si le contrat avait été correctement exécuté »¹⁴⁸². Un tel cadre vise à préserver l'intérêt positif du créancier, lequel équivaut aux avantages qu'il espérait obtenir de la bonne exécution du contrat.

¹⁴⁷⁶ Sur ces débats et leurs évolutions dans la perspective de la réforme du droit des obligations, v. not. H. Boucard, V° « Responsabilité contractuelle », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2018, n° 4 et s. (et les références citées).

¹⁴⁷⁷ V. not. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle", histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

¹⁴⁷⁸ V. not. G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920.

¹⁴⁷⁹ V. not. J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris II, 1978.

¹⁴⁸⁰ J.-S. Borghetti, « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016/4, p. 787.

¹⁴⁸¹ Art. 1231-2 C. civ. : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ». Art. 1231-3 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

¹⁴⁸² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 1078, p. 837.

919. À ce stade de l'analyse, le risque de remise en cause de l'efficacité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée n'est guère évident. Le constat diffère lorsqu'il s'agit d'observer comment le principe est mis en œuvre en pratique quand les dommages-intérêts sont demandés à titre principal afin de permettre une exécution par équivalent du contrat. L'entreprise d'observation n'est en rien aisée : abandonnée en grande partie au pouvoir souverain des juges du fond, l'évaluation de la réparation était et demeure une terre peu explorée¹⁴⁸³. Néanmoins, s'il s'agit de mener une étude de la mesure du préjudice contractuel¹⁴⁸⁴, force est de reconnaître que plusieurs formules peuvent être employées pour évaluer les préjudices qui procèdent de l'inexécution du contrat¹⁴⁸⁵. Parmi ces formules, deux s'articulent spécialement autour de la prestation telle que prévue dans le contrat : la formule de la perte de valeur et celle du coût de substitution.

920. Distinction entre la formule de la perte de valeur et la formule du coût de substitution.- La formule de la perte de valeur et la formule du coût de substitution peuvent et doivent être distinguées.

921. Dans le cadre de la formule de la perte de valeur, il s'agit de « mesure[r] la différence entre la valeur de la prestation contractuelle promise et celle de la prestation effectivement reçue »¹⁴⁸⁶. Ainsi, si la valeur de la prestation promise est de (100) et que celle de la prestation fournie – par hypothèse défectueuse – est de (70), alors la perte de valeur qui correspond à la mesure des dommages-intérêts dus est de (30). Un rapprochement pourrait être effectué avec cette autre sanction de l'inexécution qu'est la réduction du prix, mais ses modalités de calcul demeurent bien différentes¹⁴⁸⁷.

922. Dans le cadre de la formule du coût de substitution, les dommages-intérêts correspondent au montant nécessaire pour que le créancier demande à un tiers de se substituer au débiteur défaillant et donc pour procéder à un remplacement ou une

¹⁴⁸³ Sur la relation entre la mesure des dommages-intérêts et la nature procédurale de cette question, v. le dossier « L'évaluation des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ? » à la *RDC* 2019/1, p. 160 et s.

¹⁴⁸⁴ A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, préf. P.-Y. Gautier.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, n° 92 et s., p. 107 et s. L'auteur recense six formules : formule de la perte de valeur, formule de la perte de marge, formule du coût de substitution, formule de la perte de dépenses, formule de la perte d'opportunité et formule de l'enrichissement injuste.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, n° 93, p. 108.

¹⁴⁸⁷ V. F. Chénéde, « La réduction du prix », *RDC* 2017/3, p. 571, spéc. n° 11 et s.

réparation¹⁴⁸⁸. Ainsi, si le débiteur s'engage à fournir une prestation d'une valeur de (100) et qu'à la suite de l'inexécution le seul moyen d'obtenir cette prestation est de dépenser (130), alors le coût de substitution qui sert de mesure aux dommages-intérêts sera de (130). Un rapprochement assez net peut être fait entre la formule du coût de substitution et l'exécution forcée indirecte qui permet également au créancier de faire supporter au débiteur le coût de la bonne exécution du contrat¹⁴⁸⁹. La formule du coût de substitution envisage la *parfaite* correction de l'inexécution, de sorte que si le créancier envisage de se détacher de la formule de la perte de valeur en ayant à l'esprit une mesure corrigeant imparfaitement l'inexécution, il s'agit davantage d'une formule de coût de substitution imparfaite.

923. Si les deux formules visent à protéger l'intérêt positif du créancier en s'articulant autour de la prestation promise dans le contrat, elles prennent des voies différentes. D'un côté, la formule de la perte de valeur tient comme point de référence la valeur de la prestation promise afin que l'inexécution n'ait pas d'incidence sur le patrimoine du créancier. D'un autre côté, la formule du coût de substitution vise à permettre au créancier de se procurer ailleurs la prestation exactement promise pour qu'il puisse concrètement se placer dans la même situation que si l'inexécution n'avait pas eu lieu. Assurément, il y a une dimension plus concrète dans la formule du coût de substitution, orientée vers la prestation correctement exécutée, quand la formule de la perte de valeur relève d'un « calcul patrimonial abstrait »¹⁴⁹⁰. Cette différence d'approche se traduit parfois par une différence du montant des dommages-intérêts selon la formule choisie. Certes, il arrive souvent qu'une telle différence ne puisse pas être constatée quand la perte de valeur correspond au coût de correction de l'inexécution. Néanmoins – l'hypothèse a été rencontrée à de multiples reprises – il arrive que la perte de valeur consécutive à l'inexécution soit grandement inférieure au coût de correction de l'inexécution. Par exemple, dans le cadre d'un contrat dont la prestation est évaluée à (100), voici une exécution défectueuse qui entraîne une diminution de valeur de (10) et dont la correction est évaluée à (80), la formule de perte de valeur aboutit à des dommages-intérêts évalués à (10) quand ils seront de (80) avec la formule du coût de substitution.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.* n° 101 et s., p. 114 et s.

¹⁴⁸⁹ V. *supra* n° 905 et s.

¹⁴⁹⁰ Th. Genicon, obs. sous Civ. 3^e, 27 mars 2012, n° 11-11.798 et Com., 7 février 2012, n° 10-20.937, *RDC* 2012/3, p. 773.

924. Choix entre les deux formules d'évaluation : faculté du créancier.- S'il est possible qu'une divergence de montant des dommages-intérêts existe en fonction de la formule retenue, la question du choix de cette formule se pose nécessairement. Le créancier victime de l'inexécution qui opterait pour des dommages-intérêts comme sanction principale peut également opter pour la formule de son choix, le juge devant alors s'y tenir et ne pas lui substituer une autre formule pour une raison d'opportunité. La règle a été rappelée avec vigueur dans deux arrêts rendus par la Cour de cassation dont l'étude est particulièrement intéressante dans la perspective du contrôle de l'exécution forcée¹⁴⁹¹.

925. Dans la première espèce, les créanciers victimes d'une pose de carrelage défectueuse avaient réclamé des dommages-intérêts leur permettant de réaliser la destruction-reconstruction du travail effectué. Les juges du fond ont rejeté une telle mesure des dommages-intérêts pour préférer celle qui permettrait la pose d'un nouveau carrelage sur l'ancien – pose qui entraînerait une surélévation de deux centimètres du niveau du sol. Les juges du quai de l'Horloge cassèrent la précédente décision au visa de l'ancien article 1149 du Code civil, reprochant aux juges de ne pas avoir « replacé les maîtres de l'ouvrage dans la situation où ils se seraient trouvés si l'immeuble avait été livré sans vices ».

926. Dans la seconde espèce, le débiteur devait procéder au réaménagement partiel d'une boulangerie afin d'assurer une meilleure circulation dans les lieux. Faute d'avoir reçu une prestation respectant cet objectif, le créancier réclama au débiteur ainsi qu'à l'architecte supervisant les travaux des dommages-intérêts évalués à hauteur de la bonne exécution de la prestation initialement convenue. Concrètement, il était demandé aux auteurs de l'inexécution de financer le démontage du four existant et son remplacement dans le respect de l'objectif de meilleure circulation au sein de la boulangerie, financement estimé à 43 500 euros alors que la prestation initiale qui consistait à modifier marginalement le four existant avait pour prix 4 264 euros. Le pourvoi en cassation, reprochant aux juges du fond d'avoir accédé à la demande du créancier, fut rejeté par la Cour régulatrice : « après avoir retenu que [l'entrepreneur et l'architecte] avaient engagé leur responsabilité en étant défaillant[s] dans l'exécution de leur obligation de réaliser

¹⁴⁹¹ Civ. 3^e, 27 mars 2012, n° 11-11.798 et Com., 7 février 2012, n° 10-20.937, préc.

l'objectif convenu, la cour d'appel, qui a constaté que le remplacement du four était la seule solution pour résoudre le problème de circulation au sein des lieux, n'a ni procuré un enrichissement [au créancier], ni accordé à ce dernier une indemnisation excédant le préjudice subi ».

927. Dans les deux décisions, il s'agit de conforter le droit d'option du créancier entre les différentes formules mesurant les dommages-intérêts et de lui attribuer, s'il le souhaite, une indemnisation lui permettant d'obtenir concrètement la prestation promise au moment de la conclusion du contrat, peu importe que cette indemnisation paraisse démesurée par rapport au prix initialement convenu ou qu'elle recouvre des actes qui n'étaient pas envisagés *ab initio* par les parties¹⁴⁹².

928. Risque de remise en cause de l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée.- Tournée vers la parfaite correction de l'inexécution et laissée à la volonté du créancier, la formule du coût de substitution permet de faire des dommages-intérêts le « reflet de l'exécution forcée en nature »¹⁴⁹³. À peine ce constat fait, il est possible d'identifier un risque de remise en cause du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Le risque est très similaire à celui remarqué à l'occasion de l'étude de l'exécution forcée indirecte : le créancier qui redouterait l'exclusion de l'exécution forcée directe en raison de son caractère manifestement disproportionné se tournerait vers une sanction qui ferait supporter au débiteur le coût de la parfaite correction de l'inexécution. Or, c'est exactement ce vers quoi tend la formule du coût de substitution qui menace ainsi l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée. Afin de préserver l'efficacité du contrôle précité et la cohérence au sein des sanctions de l'inexécution du contrat, il s'agit donc d'exclure dans certaines hypothèses l'évaluation des dommages-intérêts à hauteur du coût de substitution.

¹⁴⁹² Rappr. les décisions en matière immobilière qui rejettent toute réduction de l'indemnité due alors que les travaux de reprise envisagés pour mesurer cette indemnité supposent des améliorations du bien immobilier : P. Jourdain, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995, p. 51.

¹⁴⁹³ Th. Genicon, obs. sous Civ. 3^e, 27 mars 2012, n° 11-11.798 et Com., 7 février 2012, préc.

2) L'exclusion de l'évaluation des dommages-intérêts mesurés à hauteur du coût de substitution : la préservation de l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée

929. Exclusion de l'évaluation à hauteur du coût de substitution en cas de disproportion manifeste de l'exécution forcée : absence de fondements spontanés.- La menace que représente les dommages-intérêts pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée n'est guère inédite : la réparation en nature et l'exécution forcée indirecte ont également menacé le contrôle précité. En revanche, la voie à suivre pour neutraliser cette menace paraît plus originale.

930. Concernant la réparation en nature, la neutralisation de principe de la sanction lorsque l'exécution forcée est manifestement disproportionnée repose aujourd'hui sur l'existence d'un pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et probablement demain sur une disposition confiant aux juges un contrôle similaire à celui de l'article 1221 du Code civil¹⁴⁹⁴. Concernant l'exécution forcée indirecte, la neutralisation de principe de la sanction lorsque l'exécution forcée directe est manifestement disproportionnée repose sur la lettre de l'article 1222 du Code civil, l'exigence du « raisonnable » permettant d'accueillir un contrôle de la disproportion manifeste¹⁴⁹⁵. Force est alors de remarquer que concernant le choix de la formule permettant de mesurer les dommages-intérêts, nul pouvoir d'appréciation ou de contrôle n'est confié aux juges en vertu d'une jurisprudence établie ou d'une disposition du Code civil. Faut-il en déduire l'impossible exclusion de la formule du coût de substitution, alors même que l'exécution forcée serait manifestement disproportionnée ?

931. Exclusion de l'évaluation à hauteur du coût de substitution en cas de disproportion manifeste de l'exécution forcée : des dommages-intérêts dans la dépendance de l'exécution forcée.- L'obstacle qui vient d'être décrit peut être surmonté en prolongeant l'idée selon laquelle les dommages-intérêts doivent être envisagés comme le reflet de l'exécution forcée. En effet, si les dommages-intérêts constituent une sanction

¹⁴⁹⁴ V. *supra* n° 886 et s.

¹⁴⁹⁵ V. *supra* n° 910 et s.

« suiveuse » de l'exécution forcée et que cette dernière est exclue, c'est-à-dire que le créancier est privé d'une correction de l'inexécution, alors l'indemnisation devrait prendre acte de cette exclusion.

932. Le parallélisme entre les deux sanctions devrait être assuré par le fait que c'est le même protagoniste – le juge du fond – qui décide en principe de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et du *quantum* des dommages-intérêts. Il est donc fort probable, à défaut d'intégration dans le Code civil à l'occasion de la réforme de la responsabilité civile, que les juges en viennent à créer une règle selon laquelle lorsque l'exécution forcée est rejetée en raison de son caractère manifestement disproportionné, le créancier ne peut exiger le paiement de dommages-intérêts mesurés selon la formule du coût de substitution. Ainsi, se trouverait préservée l'efficacité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Quelle est la portée de l'exclusion de la formule du coût de substitution ?

933. D'abord, il convient de noter que l'exclusion qui vient d'être présentée vise une formule de mesure des dommages-intérêts, et non pas les dommages-intérêts de manière générale. Le créancier aura toujours la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur et lui réclamer l'indemnisation de son préjudice contractuel prévisible. Simplement, lorsqu'il s'agit de mesurer cette indemnisation quant au fait de ne pas avoir obtenu la prestation précise, et afin de satisfaire le principe de réparation intégrale, il devra opter pour une autre formule, essentiellement celle de la perte de valeur envisagée plus tôt. Entre la formule de la perte de valeur et celle du coût de substitution, le créancier peut aussi choisir une formule de coût de substitution imparfaite : ce n'est plus la parfaite correction et le coût qui l'accompagne qui sont envisagés, mais bien plutôt une correction imparfaite – mais donnant une satisfaction suffisante au créancier – accompagnée d'un coût qui n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier pour la prestation promise. Ainsi, les dommages-intérêts demeurent une sanction invariablement disponible pour le créancier qui se voit refuser l'exécution forcée, ne serait-ce que parce qu'ils peuvent rechercher non plus à lui fournir un équivalent de la prestation promise mais à réparer ses préjudices contractuels¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹⁶ V. *infra* n° 948.

934. Ensuite, il faut se garder de voir dans l'exclusion de la formule du coût de substitution en cas de disproportion manifeste de l'exécution forcée une exclusion générale de cette formule dans la perspective de la mesure des dommages-intérêts. La logique de l'exclusion étant le fait que les dommages-intérêts doivent suivre dans une certaine mesure l'exécution forcée, il fait peu de doute que lorsque cette exécution forcée est possible et n'est pas manifestement disproportionnée, il faut que le créancier puisse mobiliser la formule du coût de substitution. En d'autres termes, de la même manière que l'exécution forcée simplement disproportionnée est tolérée, la formule du coût de substitution qui serait simplement disproportionnée doit être tolérée. Si le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée doit nécessairement être accompagné d'une sorte de contrôle de la disproportion manifeste des dommages-intérêts, il n'est pas question de retirer absolument au créancier le droit d'option dont il dispose quant au choix de la formule pour calculer ces dommages-intérêts constituant une exécution par équivalent du contrat¹⁴⁹⁷.

935. Conclusion.- En définitive, le créancier privé de l'exécution forcée et qui se tourne vers les dommages-intérêts pour obtenir la réparation de son préjudice contractuel pourrait remettre en cause l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée s'il optait pour la formule du coût de substitution afin de calculer le montant de l'indemnisation relative au fait de ne pas avoir la prestation promise. Pour préserver l'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil, il convient que le juge saisi de la demande du créancier écarte la formule de calcul retenue, dans la mesure où elle devrait suivre le sort de l'exécution forcée, pour lui préférer la formule de perte de valeur ou alors la formule d'une correction imparfaite de l'inexécution. Ces formules, également protectrices du principe de réparation intégrale et de l'intérêt positif du créancier, ne conduisent pas à une remise en cause de la conclusion du contrôle mené par les juges au sujet de la sanction *in specie* de l'inexécution.

936. Conclusion du paragraphe.- Il existe un risque de contournement de l'exclusion de l'exécution forcée, en raison de son coût manifestement disproportionné, lorsque le créancier peut faire supporter au débiteur le coût de la parfaite correction de l'inexécution. Un tel risque doit être identifié et maîtrisé au nom de l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée et, en définitive, la cohérence entre les sanctions de l'inexécution. En

¹⁴⁹⁷ *Contra* J.-S. Borghetti, « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », préc., spéc. n° 25.

conséquence, les deux sanctions qui engendrent ce risque – l'exécution forcée indirecte et les dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution – doivent être exclues lorsque le juge a conclu à la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

937. Conclusion de la section.- Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée est susceptible de rayonner sur les autres sanctions de l'inexécution du contrat. Il s'agit essentiellement de préserver l'efficacité du contrôle précité en ne permettant pas au créancier de demander une sanction dont les effets contrediraient sa conclusion. Or, parmi les sanctions de l'inexécution, il en est trois qui ont été identifiées comme des menaces pesant sur l'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil : la réparation en nature du dommage contractuel, l'exécution forcée indirecte et les dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de correction de l'inexécution. Ces sanctions qui visent à contraindre le débiteur à corriger l'inexécution ou à lui faire supporter le coût d'une telle correction doivent donc être rejetées lorsque l'exécution forcée est considérée comme manifestement disproportionnée. D'autres sanctions sont, quant à elles, indifférentes à la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

SECTION 2 : LES SANCTIONS INDIFFERENTES A LA CARACTERISATION DE LA DISPROPORTION MANIFESTE

938. Alors que la disproportion manifeste de l'exécution forcée est susceptible de rayonner sur certaines sanctions et justifie un amendement de leurs régimes, il est d'autres sanctions qui semblent indifférentes à cette disproportion manifeste. Puisque ce sont vers ces sanctions que le créancier privé de l'exécution forcée devra nécessairement se tourner, les envisager ne serait-ce que brièvement – car elles ont déjà été mobilisées ailleurs dans la thèse – présente un intérêt pédagogique certain. Il s'agit donc désormais de considérer la raison de cette indifférence, à savoir la poursuite par la sanction d'un objectif étranger à l'exécution forcée (§1), ainsi que la portée de cette indifférence (§2).

§1 LA RAISON DE L'INDIFFERENCE : LA POURSUITE D'UN OBJECTIF ETRANGER A L'EXECUTION FORCEE

939. Il est des sanctions qui ne sont pas menacées par la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car elles poursuivent un objectif étranger à la sanction *in specie* de l'inexécution et, par là-même, ne peuvent être perçues comme l'outil d'un contournement du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Autrement dit, puisque ces sanctions ne menacent pas l'efficacité de ce contrôle, il n'est pas nécessaire d'amender leurs régimes. L'assertion vaut autant lorsque la sanction considérée vise à anéantir le contrat (**A**) que lorsqu'elle conduit à maintenir le contrat avec une exécution imparfaite (**B**).

A) L'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT

940. A la suite de l'inexécution du contrat, son anéantissement peut être préféré par le créancier pour diverses raisons. La résolution pour inexécution, peu importe sa forme, ne saurait toutefois être motivée par une volonté de contourner le contrôle de l'exécution forcée. Ainsi, la divergence entre les objectifs poursuivis par l'exécution forcée et la résolution (**1**) aboutit à l'absence de prise en compte de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans le régime de la résolution (**2**).

1) La divergence entre les objectifs poursuivis par l'exécution forcée et la résolution

941. Opposition fondamentale entre exécution forcée et résolution.- La comparaison des régimes de l'exécution forcée et de la résolution pour inexécution fait apparaître plusieurs points de convergence plus ou moins affirmés comme, par exemple, l'exigence de principe d'une mise en demeure ou la prise en compte relative de l'idée de proportionnalité. Le rapprochement qui se dessine ne doit toutefois pas être surestimé au regard de la nette opposition entre les deux sanctions lorsqu'il s'agit de considérer leurs objectifs respectifs : alors que la résolution marque l'anéantissement de la relation contractuelle, l'exécution forcée témoigne de son maintien dans le respect de ses termes

initiaux. La divergence entre les sanctions étudiées est illustrée par leur impossible cumul. En effet, le cumul des sanctions tel qu'envisagé par l'article 1217 du Code civil ne saurait être envisageable entre deux mesures qui poursuivent des objectifs radicalement opposés.

2) L'absence de prise en compte de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans le régime de la résolution

942. Impossible remise en cause de l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée par le biais de la résolution du contrat.- La divergence qui existe entre l'exécution forcée et la résolution justifie que le régime de cette dernière échappe au rayonnement de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Ce qui avait conduit à l'aménagement des régimes de la réparation en nature, de l'exécution forcée et des dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution parfaite de l'inexécution était le risque de remise en cause de l'efficacité du contrôle visé à l'article 1221 du Code civil. Or, la résolution, en ce qu'elle vise en principe l'anéantissement rétroactif du contrat, ne peut conduire à faire supporter au débiteur la correction du manquement contractuel ou le coût de cette correction. En conséquence, il ne peut exister de risque de contournement, subjectif comme objectif, du contrôle de l'exécution forcée qui nécessiterait de prévoir au sein du régime de la résolution une règle limitant la disponibilité de la sanction pour le créancier en cas de disproportion manifeste de l'exécution forcée.

943. Conclusion.- La divergence fondamentale qui existe entre l'exécution forcée et la résolution du contrat évince tout risque de contournement du contrôle de l'exécution forcée. Partant, nul amendement du régime de la résolution ne semble devoir être envisagé.

B) LE MAINTIEN DU CONTRAT IMPARFAITEMENT EXECUTE

944. À l'inverse de la résolution qui tend vers l'anéantissement du contrat, il est des sanctions qui visent à maintenir le contrat inexécuté en sanctionnant le manquement, sans que cette sanction vise à parfaire l'exécution de l'accord en corrigeant le manquement constaté. Autrement dit, entre l'anéantissement du contrat et son exécution parfaite, il faut compter sur des sanctions qui ne cherchent pas à fournir au créancier la prestation promise,

notamment la réduction du prix (1) et, selon des modalités particulières, la réparation en argent du préjudice contractuel (2).

1) La réduction du prix

945. Objectif de la réduction du prix : accepter l'exécution imparfaite et réduire le prix.- Annoncée par l'article 1217 du Code civil, la réduction du prix est spécialement envisagée à l'article 1223 du même Code qui dispose « [qu'e]n cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit [al. 1^{er}]. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix [al. 2nd] »¹⁴⁹⁸. En substance, il s'agit donc pour le créancier de répondre à l'inexécution du contrat par la seule révision du prix versé ou à verser.

946. Assez distinctement, la réduction de prix présente une finalité bien différente de celle de l'exécution forcée : alors que la dernière vise à corriger l'inexécution, la première ne conduit pas à la correction de l'inexécution. Certes, les deux sanctions se rejoignent dans la satisfaction du créancier, soit qu'il obtienne la prestation convenue grâce à l'exécution forcée, soit qu'il admette de recevoir une prestation moindre que celle convenue tout en bénéficiant d'une réduction du prix initialement stipulé. Il demeure que la tolérance relative face à l'inexécution en matière de réduction du prix tranche par rapport au strict respect de lettre du contrat que vise l'exécution forcée, justifiant ainsi que les deux sanctions ne soient pas cumulables dans le cadre de l'article 1217 du Code civil¹⁴⁹⁹.

947. Impossible contournement du contrôle de l'exécution forcée par la réduction du prix.- Si la réduction du prix ne permet pas au créancier d'obtenir la parfaite exécution du contrat, elle ne peut avoir pour effet de faire supporter au débiteur la correction de l'inexécution, ou son coût. Partant, la réduction du prix ne constitue pas pour

¹⁴⁹⁸ Sur la réduction du prix consacrée par la réforme, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 785 et s., p. 876 et s. (et les références citées).

¹⁴⁹⁹ En ce sens, v. not. V. Forti, V° « Exécution forcée en nature », préc., n° 40.

le créancier un outil de contournement du contrôle de l'exécution forcée et, une nouvelle fois, il n'est donc pas nécessaire d'amender son régime afin de préserver l'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil.

2) La réparation en argent du préjudice contractuel

948. Dommages-intérêts évalués autrement que sur la base de la parfaite correction de l'inexécution.- Il a été vu que l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée était clairement menacée si le créancier dont la demande en exécution forcée est rejetée peut demander des dommages-intérêts évalués à hauteur de la parfaite correction de l'inexécution¹⁵⁰⁰. Toutefois, les dommages-intérêts demandés par le créancier peuvent reposer sur une autre évaluation qui ne menace pas l'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil. En effet, à partir du moment où la parfaite correction de l'inexécution n'est plus en jeu, lorsque l'évaluation repose sur la perte de valeur de la prestation ou sur une correction imparfaite, rien ne s'oppose à ce que le créancier réclame la réparation de son préjudice contractuel qui s'apparente alors à une sorte d'exécution par équivalent de son contrat. Au-delà, les dommages-intérêts peuvent être tournés vers la réparation de tous les préjudices collatéraux au fait de ne pas obtenir la prestation promise selon les termes du contrat : le retard dans l'exécution, la perte d'une chance, ou encore l'atteinte à un intérêt matériel, corporel ou moral du fait de l'inexécution. Au vrai, l'article 1231-2 du Code civil prévoyant que le créancier doit être indemnisé « de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé » est suffisamment large pour que le créancier obtienne l'indemnisation de toutes les conséquences négatives de l'inexécution. La seule limite à la réparation demeure dans l'exigence que le dommage contractuel soit prévisible, à moins que le débiteur ait manqué à son engagement en commettant une faute lourde ou dolosive selon l'article 1231-3 du Code civil. En définitive, dans la mesure où les dommages-intérêts peuvent ne pas être articulés autour de la parfaite correction de l'inexécution, ils demeurent une sanction poursuivant un objectif différent de l'exécution forcée dont le régime ne doit pas être amendé sous la réserve de l'évaluation à hauteur du coût de substitution.

¹⁵⁰⁰ V. *supra* n° 929.

949. Clause pénale.- Lorsque le créancier entend obtenir l'application de la clause pénale éventuellement prévue dans la contrat, il n'est pas non plus question d'un contournement du contrôle de l'exécution forcée. Puisque le montant de la réparation due a été fixé au moment de la conclusion du contrat et qu'il est sans lien avec le préjudice effectivement subi par le créancier, alors il est par hypothèse décorrélé du coût de correction de l'inexécution. Il est donc difficile d'imaginer que le créancier réclame l'application de la clause pénale dans la perspective d'un contournement du contrôle de l'exécution forcée. Partant, il faut également conclure à l'absence d'amendement du régime de la clause pénale en cas de caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée. Si cette dernière sanction est exclue et que le juge décide de réduire le montant de la clause pénale, il s'agit moins d'une volonté de protéger le contrôle de l'exécution forcée que d'un accident¹⁵⁰¹.

950. Conclusion.- Lorsque le créancier entend sanctionner l'inexécution par la réduction du prix ou par la réparation de son préjudice contractuel, il poursuit un objectif bien différent de l'exécution forcée. En conséquence, le risque d'atteinte à l'efficacité du contrôle par le prisme de ces sanctions est inexistant et l'amendement de leur régime en cas de disproportion manifeste de l'exécution forcée n'est guère nécessaire.

951. Conclusion du paragraphe.- À l'opposé de la réparation en nature, de l'exécution forcée indirecte et des dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de la parfaite correction de l'inexécution, plusieurs sanctions ne constituent pas des menaces pour l'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil. Le constat aboutit sur l'indifférence de principe de ces sanctions lorsqu'est caractérisée la disproportion manifeste de l'exécution forcée. L'analyse doit être complétée en examinant la portée de cette indifférence.

¹⁵⁰¹ V. *infra* n° 957 et s.

§2 LA PORTEE DE L'INDIFFERENCE

952. Si le régime de certaines sanctions est indifférent à la disproportion manifeste de l'exécution forcée, il convient encore d'apprécier la portée de cette indifférence, laquelle peut être plus ou moins affirmée dans les espèces dont auront à connaître les juges. Il apparaît alors que certaines sanctions sont invariablement disponibles (**A**), quand d'autres se trouvent accidentellement menacées (**B**), lorsque la disproportion manifeste de l'exécution forcée est par ailleurs caractérisée.

A) LES SANCTIONS INVARIABLEMENT DISPONIBLES

953. Le créancier pourra invariablement compter sur certaines sanctions alors que l'exécution forcée est rejetée en raison de son caractère manifestement disproportionné. Cette confiance envers ces sanctions s'explique par le fait que la discussion autour de la disproportion manifeste de l'exécution forcée n'a pas de prise sur elles : les éléments de l'espèce qui conduisent le juge à exclure l'exécution forcée ne sont pas de nature à exclure ces sanctions. Autrement dit, ce qui rassemble ces sanctions est le fait que leurs conditions de mise en œuvre se trouvent réunies alors même que les éléments qui conduisent à l'exclusion de l'exécution forcée sont présents dans le litige. Encore une fois, il est possible de distinguer la sanction qui vise l'anéantissement du contrat (**1**), de celles qui visent le maintien du contrat (**2**).

1) L'anéantissement du contrat : la clause résolutoire

954. Sanction visant l'anéantissement du contrat : la résolution prononcée en application d'une clause résolutoire.- Si le créancier victime de l'inexécution ne peut solliciter l'exécution forcée car la sanction est manifestement disproportionnée et qu'une clause résolutoire figure également dans le contrat, le créancier pourra invariablement exiger la résolution du contrat si le manquement résolutoire prévu est caractérisé. Cela s'explique par le fait que dans le cadre de la mise en œuvre d'une telle clause, la caractérisation du manquement résolutoire est une condition suffisante. Si l'aspect

mécanique de la solution est tempéré par la jurisprudence qui soumet la mise en œuvre de la clause à l'exigence de bonne foi¹⁵⁰², il convient toujours d'insister sur l'absence d'appréciation de l'opportunité de la sanction par le juge. Si l'exécution forcée est rejetée puisqu'elle apparaît comme étant manifestement disproportionnée dans l'espèce donnée, la clause résolutoire sera, quant à elle, systématiquement à la disposition du créancier puisqu'il faut et suffit que le manquement résolutoire soit caractérisé.

2) Le maintien du contrat : la réduction du prix et les dommages-intérêts évalués autrement que sur la base du coût de substitution

955. La réduction du prix et les dommages-intérêts évalués autrement que sur la base du coût de substitution.- Si le créancier voit sa demande en exécution forcée rejetée car manifestement disproportionnée, il pourra invariablement solliciter la réduction du prix prévu par le contrat ainsi que des dommages-intérêts évalués à hauteur de la perte de valeur ou de la correction imparfaite. Une nouvelle fois, il n'est pas un ou plusieurs éléments du débat relatif à la disproportion manifeste de l'exécution forcée qui soit susceptible de rejaillir sur la disponibilité de ces sanctions. Concernant la réduction du prix, il suffit, d'un point de vue substantiel, qu'une exécution imparfaite de la prestation promise soit constatée pour mettre en œuvre cette sanction, la réduction étant proportionnelle à l'inexécution¹⁵⁰³. Concernant les dommages-intérêts, il suffit que l'inexécution entraîne un préjudice pour le créancier, notamment l'existence d'une différence entre la valeur de la prestation promise et celle de la prestation effectivement reçue.

956. Conclusion.- En définitive, il est des sanctions qui sont *parfaitement* indifférentes à la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, car invariablement à la disposition du créancier. Cela s'explique par le fait que les éléments factuels qui nourrissent le débat de la disproportion manifeste de la sanction *in specie* n'ont pas de prise sur ceux qui précèdent le prononcé de ces sanctions.

¹⁵⁰² V. *supra* n° 400.

¹⁵⁰³ Sur les modalités de calcul de cette réduction, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 791, p. 882 et s.

B) LES SANCTIONS ACCIDENTELLEMENT MENACEES

957. Malgré le fait que certaines sanctions soient *a priori* indifférentes de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, il se peut que cette dernière caractérisation les menace accidentellement. La menace est dite accidentelle car si ces sanctions ne peuvent être demandées par le créancier – tout comme l'exécution forcée – ce n'est pas pour assurer l'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil en modifiant leur régime. Plus simplement, cette menace repose sur le fait que la situation factuelle qui permettrait de juger l'exécution forcée de manifestement disproportionnée peut également, de manière autonome, justifier l'exclusion de l'autre sanction examinée. L'assertion peut se vérifier à l'égard de la résolution pour inexécution (1) ainsi qu'à l'égard de la clause pénale (2).

1) La résolution pour inexécution unilatérale et judiciaire

958. Résolutions judiciaire et unilatérale menacées en cas de défaut de proportionnalité de la sanction.- En dépit de la divergence majeure qui existe entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale, il ne faut pas occulter le fait que les deux formes de résolution sont unies par l'exigence d'un manquement suffisamment grave pour justifier l'anéantissement du contrat. Porte d'entrée d'une logique de proportionnalité en matière de résolution pour inexécution du contrat¹⁵⁰⁴, l'exigence d'un manquement suffisamment grave pourrait également conduire à ce que la résolution du contrat soit menacée en cas de disproportion manifeste de l'exécution forcée. Il faut rappeler que cette menace serait moins volontaire qu'accidentelle, c'est-à-dire reposant sur le fait que des éléments du litige qui servent à établir que l'exécution forcée est manifestement disproportionnée peuvent également servir à démontrer que le manquement n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat.

959. Le propos peut être illustré par l'exemple qui suit : dans un contrat inexécuté de manière minime par le débiteur de telle sorte que la correction de l'inexécution présenterait un intérêt minime pour le créancier mais un coût très important pour le

¹⁵⁰⁴ V. *supra* n° 113 et s.

débiteur, l'exécution forcée pourrait être exclue car présentant un coût manifestement disproportionné à son intérêt, et la résolution pourrait être rejetée car l'anéantissement du contrat ne serait pas une sanction adéquate ou opportune pour répondre à un manquement minime ; le manquement ne serait pas suffisamment grave en l'espèce. En somme, si le juge est amené à rejeter l'exécution forcée car celle-ci est manifestement disproportionnée et que le créancier sollicite à titre subsidiaire la résolution du contrat, il pourrait utiliser les mêmes éléments factuels pour rejeter de nouveau la demande du créancier, sans que ce rejet ne soit mécanique.

2) La clause pénale

960. Révision du montant excessif de la clause pénale.- La mise en œuvre de la clause pénale, *a priori* acquise au créancier en cas d'inexécution du contrat, est soumise à un contrôle de la disproportion manifeste. Au regard des similitudes entre les contrôles des articles 1221 et 1231-5 du Code civil, il est possible que l'exclusion de l'exécution forcée se double d'une modération à la baisse de la clause pénale éventuellement stipulée dans le contrat. Il peut en aller ainsi lorsque le contrat prévoit un montant important et qu'une inexécution est constatée, engendrant un préjudice minime pour le créancier tout comme son intérêt, alors que le coût de correction est très important. En somme, si le juge est amené à rejeter l'exécution forcée car celle-ci est manifestement disproportionnée et que le créancier sollicite à titre subsidiaire la mise en œuvre de la clause pénale, il pourrait utiliser les mêmes éléments factuels pour rejeter de nouveau la demande du créancier, sans que ce rejet ne soit mécanique.

961. Conclusion.- Privé de l'exécution forcée, le créancier peut se tourner vers d'autres sanctions comme la résolution unilatérale ou judiciaire du contrat ou la mise en œuvre de la clause pénale si celle-ci a été stipulée dans le contrat. Dans la mesure où ces sanctions intègrent une exigence de proportionnalité qui partage quelques similitudes avec celle de l'exécution forcée, il est possible – sans automaticité – que la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée pousse le juge à exercer un contrôle des autres sanctions précitées qui aboutirait, grâce aux éléments factuels mobilisés dans un premier temps, à les exclure également en raison de leur caractère disproportionné. Ainsi,

la résolution selon les formes évoquées et la clause pénale peuvent-elles se trouver menacées accidentellement par l'exclusion de l'exécution forcée.

962. Conclusion du paragraphe.- Il est des sanctions dont le régime ne doit pas être amendé pour éviter un contournement du contrôle de l'exécution forcée. Néanmoins, toutes ne sont pas épargnées dans la même mesure par le constat d'une disproportion manifeste de la sanction *in specie*. La résolution du contrat à la suite de la mise en œuvre d'une clause résolutoire, la réduction du prix et les dommages-intérêts évalués à hauteur de la perte de valeur sont invariablement disponibles pour le créancier car il n'est pas d'éléments du débat autour de la disproportion manifeste de l'exécution forcée qui soient susceptibles de faire échec au prononcé de ces sanctions. En revanche, la résolution judiciaire ou unilatérale du contrat, ainsi que la mise en œuvre d'une clause pénale, pourraient être contrariées dans la mesure où la disproportion manifeste de l'exécution forcée peut se doubler, de manière autonome, d'une disproportion de la résolution ou de la clause pénale.

963. Conclusion de la section.- Privé de l'exécution forcée directe, de la réparation en nature, de l'exécution forcée indirecte et des dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution, le créancier doit se tourner vers les sanctions restantes de l'article 1217 du Code civil. Le régime de ces sanctions n'est guère affecté par la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car elles ne peuvent servir à contourner le contrôle évoqué à l'article 1221 du Code civil. Le constat ne doit toutefois pas faire oublier que parmi ces sanctions indifférentes à la caractérisation précitée, certaines sont soumises à une forme d'exigence de proportionnalité. Or, il n'est pas exclu que les éléments au soutien de la disproportion manifeste de l'exécution forcée puissent soutenir l'idée selon laquelle ces sanctions méconnaissent également l'exigence de proportionnalité qu'elles s'appliquent. Ainsi, elles peuvent se trouver accidentellement menacées par la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

964. Conclusion du chapitre.- L'inexécution du contrat qui ne peut être sanctionnée par l'exécution forcée en raison du caractère manifestement disproportionné de la mesure ne doit pas rester sans sanction. Si l'article 1217 du Code civil laisse à penser que le choix de cette sanction de repli revient au créancier victime de l'inexécution, il est

difficile de lui reconnaître une liberté totale car certaines sanctions restant à sa disposition sont susceptibles, au regard de leurs effets, de menacer la conclusion du contrôle de l'exécution forcée. Ainsi, les sanctions qui visent à faire supporter au débiteur la correction de l'inexécution en elle-même ou son coût ne peuvent être demandées : la réparation en nature, l'exécution forcée indirecte et les dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de correction n'ont pas le droit de cité lorsque l'exécution forcée est rejetée car manifestement disproportionnée. À l'inverse, les sanctions dont les effets ne laissent pas redouter un contournement du contrôle de l'article 1221 du Code civil sont en principe à la disposition du créancier qui pourra systématiquement les demander au juge pour sanctionner l'inexécution. L'absence d'influence du contrôle de l'exécution forcée connaît une limite ponctuelle : la résolution judiciaire ou unilatérale et la clause pénale étant conditionnées dans une certaine mesure par l'exigence de proportionnalité, il est possible que les éléments établissant la disproportion manifeste de l'exécution forcée viennent également soutenir le caractère disproportionné de ces sanctions. En définitive, seules trois sanctions échappent parfaitement à la caractérisation de la disproportion manifeste : la résolution résultant de la mise en œuvre d'une clause résolutoire, la réduction du prix et les dommages-intérêts évalués autrement que sur la base du coût de substitution.

965. Conclusion du titre.- La mise en œuvre du contrôle de l'exécution forcée ne se réduit pas à la seule caractérisation de la disproportion manifeste de la sanction par la confrontation des termes du rapport de proportionnalité de l'article 1221 du Code civil. Cette caractérisation doit également être envisagée de manière dynamique et requiert d'examiner bien d'autres éléments venant la perturber ou la protéger.

966. D'une part, il est éléments perturbateurs qui viennent compliquer l'analyse du juge dont la mission dépasse la simple confrontation de l'intérêt de l'exécution forcée avec son coût. Ces éléments perturbateurs trouvent leur source dans les règles légales, mais aussi dans la volonté ou le comportement des parties. Le contrôle de l'exécution forcée doit s'intégrer dans le système juridique, sans quoi il présenterait une opportunité douteuse. Plus particulièrement, il serait malvenu que le contrôle entraîne une rupture de l'harmonie entre les autres règles du droit commun des contrats, qu'il remette en cause des règles particulières à certains contrats, qu'il ne prenne pas en compte l'éventuelle volonté des parties à son égard, et qu'il ne se prémunisse pas contre les comportements illégitimement

lucratifs des débiteurs. Tous ces points d'attention ont permis de préciser le régime du contrôle de l'exécution forcée de manière générale comme de manière particulière. Ainsi, il a été vu que le débiteur ne saurait réclamer du juge le rejet de l'exécution forcée alors même qu'il y aurait disproportion manifeste entre le coût et l'intérêt de la sanction lorsqu'une telle disproportion entre les intérêts existait *ab initio*, ou encore lorsque le débiteur a intentionnellement manqué au contrat et qu'il est donc de mauvaise foi. Par ailleurs, il a été démontré que le contrôle de l'exécution forcée était supplétif de volonté et que les parties pouvaient intégrer dans leur accord une clause excluant ou aménageant le contrôle judiciaire. Enfin, dans le cadre de l'articulation entre le contrôle de la disproportion manifeste et les règles particulières à certains contrats, il a été concédé que la question relevait moins de la technique que de l'opportunité, et que cette dernière semblait dicter le maintien du contrôle pour la sanction de l'obligation de délivrance dans le contrat de vente et la garantie de parfait achèvement dans le contrat de construction.

967. D'autre part, il est des éléments qui viennent protéger le contrôle lorsqu'il aboutit à l'exclusion de l'exécution forcée en raison de son caractère manifestement disproportionné. En effet, cette conclusion doit être protégée de la volonté du créancier lorsqu'il doit choisir une autre sanction que l'exécution forcée. L'efficacité du contrôle de l'article 1221 du Code civil requiert donc que certaines sanctions habituellement à la disposition du créancier soient exclues lorsque l'exécution forcée est écartée. Il en va ainsi de la réparation en nature du dommage contractuel, de l'exécution forcée indirecte et des dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution. Ne pas retenir cette solution permettrait au créancier de contourner le contrôle de l'exécution forcée en faisant supporter au débiteur la correction de l'inexécution ou, ce qui revient quasiment à la même chose, son coût. Inversement, il est d'autres sanctions qui ne sont pas de nature à menacer l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée car elles poursuivent des objectifs étrangers à la sanction *in specie*. Par conséquent, il n'est guère nécessaire de procéder à un aménagement de leur régime. Il faut toutefois noter que si certaines de ces sanctions sauvegardées sont invariablement disponibles pour le créancier – la résolution prononcée en vertu d'une clause résolutoire, la réduction du prix et les dommages-intérêts évalués autrement que sur la base du coût de substitution –, d'autres – la résolution unilatérale ou judiciaire et la clause pénale – peuvent accidentellement être menacées par la

caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée car elles intègrent également une certaine exigence de proportionnalité.

968. Conclusion de la seconde partie.- La consécration d'une nouvelle exception au droit à l'exécution forcée est accompagnée de nombreuses questions d'ordre pratique auxquelles il s'agit de répondre en ayant à l'esprit les éléments essentiels du contrôle de l'article 1221 du Code civil : l'autonomie notionnelle du contrôle de la sanction *in specie* doit se refléter dans son régime. Il a été choisi de présenter ce régime en adoptant comme centre de gravité la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, nouvelle mission confiée au juge.

969. La caractérisation de la disproportion manifeste a d'abord été appréhendée de manière isolée, suivant une approche statique, pour envisager les termes du rapport de proportionnalité mais aussi ce rapport en lui-même. *Concernant les termes du rapport*, une asymétrie a été constatée : alors que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée doit être envisagé de manière subjective, ce qui lui permet d'invoquer tous les avantages qu'il associe au fait d'obtenir la prestation prévue dans le contrat, le coût de la sanction pour le débiteur de bonne foi doit être considéré de manière objective et littérale, ce qui conduit à désigner le coût comme le coût financier des mesures permettant de corriger l'inexécution du contrat. Cette asymétrie n'est pas surprenante et reflète la différence de position entre les deux parties ainsi que la primauté du droit de l'exécution forcée qui persiste en droit français. Assurément, l'appréhension des termes du rapport de proportionnalité plonge le contrôle dans une certaine casuistique que juges et parties pourront tempérer en recherchant dans chaque espèce des indices particuliers. *Concernant le rapport de proportionnalité en lui-même*, il a été vu qu'il présentait des questions à la fois d'ordre substantiel et procédural. D'un point de vue substantiel, la problématique du seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée est sans doute la plus importante en raison du silence du texte à ce sujet. Dans la suite de l'autonomie du contrôle de la sanction *in specie* par rapport aux contrôles d'ordre moral, le juge ne peut affiner son analyse en recherchant la confiance légitime qui existerait entre les parties. Il doit plutôt fixer le seuil de la disproportion manifeste en considération de l'intérêt du créancier : plus celui-ci est important dans l'absolu, plus le seuil précité devrait être élevé afin de protéger la primauté de l'exécution forcée tout en ne niant pas la finalité économique du contrôle. D'un point de vue procédural, il s'agit

d'intégrer le nouveau pouvoir judiciaire dans le cadre processuel existant, lequel se trouve être particulièrement riche d'enseignements. Ainsi, il a été vu que c'est sur le débiteur que pèse la charge de la preuve de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, laquelle peut être librement prouvée. Quant à savoir quel juge a la maîtrise du contrôle de la sanction *in specie*, il est apparu qu'il s'agissait du juge du fond qui a par ailleurs la faculté de procéder d'office à ce contrôle.

970. La caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée a ensuite été envisagée de manière dynamique, c'est-à-dire en replaçant la mission du juge dans un environnement normatif et factuel plus complexe, certes, mais plus proche de la réalité contentieuse. Cette approche dynamique permet de révéler des éléments perturbateurs et protecteurs de la caractérisation de la disproportion manifeste. *Concernant les éléments perturbateurs*, ils ont comme point commun de potentiellement remettre en cause le contrôle de l'exécution forcée. Il demeure qu'il existe une diversité entre ces éléments quant à leurs sources mais aussi quant à leur portée. Ainsi, c'est parfois une règle légale, qu'elle relève du droit commun des contrats ou qu'elle soit propre à certains contrats particuliers, qui est susceptible d'écarter ou d'amender la mission confiée au juge par l'article 1221 du Code civil. La question de l'articulation de la précédente disposition avec d'autres règles légales est centrale et appelle tantôt à des amendements du régime du contrôle de l'exécution forcée, par exemple pour protéger le principe de validité des contrats lésionnaires *ab initio*, tantôt à l'absence de modification de ce régime, par exemple lorsqu'il s'agit de rapprocher l'exception à la sanction *in specie* de la révision pour imprévision ou à certaines règles spéciales comme l'obligation de délivrance conforme dans le droit de la vente ou la garantie de parfait achèvement dans le contrat de construction. En d'autres occasions, la perturbation vient des parties au contrat, de leur volonté ou de leur comportement. Il a ainsi été vu que le nouveau contrôle de l'exécution forcée est supplétif de volonté, de sorte que les parties peuvent s'accorder pour l'exclure ou l'aménager. La volonté que les parties expriment vis-à-vis du pouvoir judiciaire peut prendre de très nombreuses formes mais demeure soumise, le cas échéant, aux mécanismes visant à lutter contre les clauses abusives. Le comportement du débiteur peut également perturber radicalement la nouvelle exception à l'exécution forcée : l'article 1221 du Code civil réservant le bénéfice de cette exception au débiteur de bonne foi, seul un débiteur qui n'a pas intentionnellement méconnu l'engagement contractuel peut invoquer la

disproportion manifeste de la sanction. *Concernant les éléments protecteurs* de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, il faut se tourner vers les autres sanctions de l'inexécution pour les identifier. En effet, alors que certaines de ces sanctions constituent un risque de contournement du contrôle de la sanction *in specie*, il apparaît qu'elles comptent des éléments de régime qui permettent d'éviter un tel contournement. Il en va ainsi pour la prétendue réparation en nature du dommage contractuel, l'exécution forcée indirecte et les dommages-intérêts mesurés à hauteur du coût de substitution : le juge devrait refuser de prononcer ces sanctions s'il existe par ailleurs une disproportion manifeste du coût de l'exécution forcée. D'autres sanctions ne sont, quant à elles, pas menacées par la disproportion manifeste de l'exécution forcée car elles ne constituent pas un risque de contournement du contrôle de l'article 1221 du Code civil.

971. En définitive, le régime de la nouvelle exception à l'exécution forcée se dessine en accord avec son identité originale et dans le respect du cadre juridique plus global dans laquelle elle s'intègre.

CONCLUSION GENERALE

972. Commentaire théorique et pratique d'une innovation de la réforme du droit des contrats.- Parmi les quelques innovations substantielles consacrées par la récente réforme du droit des contrats, il en est une qui mérite une attention particulière dans la mesure où elle contredit frontalement une solution qui passait pour acquise. L'article 1221 du Code civil vient ainsi rompre avec l'ancien droit des contrats en prévoyant que le créancier victime de l'inexécution du contrat ne peut en obtenir l'exécution forcée s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Le changement ainsi opéré appelle un commentaire à la fois théorique et pratique de cette nouvelle limite au droit à l'exécution forcée.

973. Originalité du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- Les instruments officiels d'interprétation que sont le *Rapport au Président de la République* et les travaux préparatoires à la loi de ratification envisagent la nouvelle limite à l'exécution forcée comme une déclinaison de la théorie de l'abus de droit, la doctrine majoritaire adhérant à cette proposition. En contrepoint, il a été démontré en quoi cette nouvelle limite est originale et, en tout état de cause, distincte de la théorie de l'abus de droit.

974. La lettre de l'article 1221 du Code civil confie au juge un contrôle particulier, celui de la disproportion manifeste, qui se caractérise par la confrontation de termes au moins relativement commensurables et par une certaine retenue judiciaire quant à la caractérisation de cette disproportion manifeste¹⁵⁰⁵. Ce faisant, le nouveau contrôle de l'exécution forcée se distingue de nombreux autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité, soit qu'ils supposent la confrontation de termes incommensurables, comme en matière de droits fondamentaux, soit qu'ils adoptent une approche trop absolue de l'appréciation judiciaire du rapport de proportionnalité, comme en matière de lésion ou de sanctions de l'inexécution telles que l'exception d'inexécution ou la résolution. En fin

¹⁵⁰⁵ V. *supra* n° 49.

de compte, s'il s'agit de rapprocher le contrôle de l'exécution forcée d'un autre contrôle, c'est bien celui de la clause pénale, désormais prévu à l'article 1231-5 du Code civil. Dans cette hypothèse, il s'agit également pour le juge de comparer des termes rapportables sur l'échelle monétaire et d'exercer son pouvoir modérateur avec retenue car le paiement de la somme forfaitaire – comme l'exécution forcée – est *a priori* acquis au créancier, de sorte que ce contrôle constitue une exception et non pas une condition de la sanction. La pertinence de l'innovation a été interrogée car rares étaient ceux qui appelaient à la relativisation du droit à l'exécution forcée en raison de son coût manifestement disproportionné. À ce titre, une analyse à la fois historique et comparative a fait apparaître que cette relativisation était possible, quoiqu'elle prenne des atours potentiellement différents de ceux dessinés par l'article 1221 du Code civil¹⁵⁰⁶. Plus encore, il a été vu en quoi l'atteinte à la force obligatoire du contrat nécessairement engendrée par le nouveau contrôle de l'exécution forcée n'était pas rédhibitoire. D'une part, les contours de cette valeur cardinale du droit des contrats procèdent essentiellement d'un choix d'ordre politique, de sorte qu'un accroc dans la force obligatoire peut être justifié par une autre valeur reconnue par le système juridique¹⁵⁰⁷. D'autre part, la crainte de la multiplication des fautes lucratives du fait du nouveau pouvoir judiciaire peut être fortement tempérée au regard de la lettre du texte qui réserve le jeu de l'exception au seul débiteur de bonne foi¹⁵⁰⁸.

975. Le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée répond à une finalité particulière, la relativisation de la sanction *in specie* ne pouvant être neutre. À l'examen, il apparaît que ce contrôle est l'occasion de porter un jugement d'ordre économique et non pas moral sur la demande formulée par le créancier. En effet, refuser de prononcer l'exécution forcée dans les conditions de l'article 1221 du Code civil permet d'éviter un gaspillage des ressources du débiteur, c'est-à-dire leur emploi pour un profit très relatif¹⁵⁰⁹. L'analyse économique du droit a permis d'aller au-delà de ce constat d'ordre pratique en rattachant le contrôle de la disproportion manifeste à l'objectif d'efficacité économique du droit, celui-ci constituant à la fois la finalité du contrôle de l'exécution forcée¹⁵¹⁰ et la justification de l'atteinte à la force obligatoire qu'il engendre¹⁵¹¹. Si la

¹⁵⁰⁶ V. *supra* n° 147 et s.

¹⁵⁰⁷ V. *supra* n° 218 et s.

¹⁵⁰⁸ V. *supra* n° 247 et s.

¹⁵⁰⁹ V. *supra* n° 273 et s.

¹⁵¹⁰ V. *supra* n° 298 et s.

¹⁵¹¹ V. *supra* n° 322 et s.

nouvelle exception à l'exécution forcée poursuit une finalité économique, faut-il exclure le fait qu'elle poursuive également une finalité d'ordre moral ? Par certains de ses aspects, cette exception n'est pas sans rappeler les contrôles reposant sur l'exigence de bonne foi ou la théorie de l'abus de droit. Toutefois, au-delà de quelques similitudes, c'est plutôt la dissociation qui s'impose, soit que l'exécution forcée relève de la substance des droits et obligations du contrat qui ne peut être remise en cause au nom de la bonne foi, soit que cette bonne foi n'exige pas le sacrifice de l'intérêt fondamental du créancier, ou encore que le critère du contrôle de l'article 1221 du Code civil diffère fondamentalement de ceux généralement employés pour caractériser l'abus de droit¹⁵¹².

976. La nouvelle exception au droit à l'exécution forcée présente donc une réelle autonomie en ce qu'elle repose sur un outil original, le contrôle de la disproportion manifeste, au service d'une finalité particulière, l'efficacité économique de la sanction. La première partie de la thèse a permis d'identifier les éléments essentiels de l'exception et, ce faisant, de constater qu'elle constitue une réelle innovation de la réforme du droit des contrats.

977. Mise en œuvre du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.- L'autonomie conceptuelle de la nouvelle exception à l'exécution forcée doit nécessairement se refléter sur ses règles de mise en œuvre. Si de nombreuses interrogations d'ordre pratique se posent au stade de l'application du contrôle de l'article 1221 du Code civil, elles gravitent pour la plupart autour de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.

978. La caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée a d'abord pu être envisagée de manière statique. Il s'agissait alors de s'intéresser aux éléments qui sont les plus proches du contrôle opéré par le juge : les termes à confronter, l'intérêt et le coût de l'exécution forcée, et le rapport de proportionnalité en lui-même. Concernant les termes à confronter, il a été vu que l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée doit être appréhendé de manière subjective, ce qui permet à ce contractant d'invoquer tous les avantages – patrimoniaux comme extrapatrimoniaux, directs comme

¹⁵¹² V. *supra* n° 380 et s.

indirects – qu’il associe au fait d’obtenir la prestation promise dans le contrat¹⁵¹³. Cette appréhension du terme, la plus respectueuse du droit à l’exécution forcée qui demeure le principe, implique une certaine casuistique que le juge pourra maîtriser en considérant divers indices comme la portée de l’inexécution ou encore les bénéfices et risques indirects attachés à l’exécution forcée. Le coût de la sanction *in specie* pour le débiteur de bonne foi fait, quant à lui, l’objet d’une approche objective afin, une nouvelle fois, de respecter la lettre et l’esprit de l’exception¹⁵¹⁴. Le coût de l’exécution forcée renvoie ainsi au coût financier des mesures visant à corriger l’inexécution du contrat. Une fois les termes du rapport de proportionnalité identifiés, il convient d’envisager le rapport de proportionnalité en lui-même, dans sa dimension tant substantielle que procédurale. D’un point de vue substantiel¹⁵¹⁵, en raison du silence de l’article 1221 du Code civil à ce sujet, il revient au juge de fixer le seuil de la disproportion manifeste entre les termes confrontés. Pour l’aider dans sa mission, laquelle consiste de manière générale à préserver au maximum le principe de l’exécution forcée, le juge ne peut s’aider d’éléments qui donneraient une coloration morale à son contrôle, mais il peut envisager l’intérêt du créancier comme un facteur de fixation de ce seuil. D’un point de vue procédural¹⁵¹⁶, le contrôle de l’exécution forcée doit s’intégrer dans l’ensemble des règles gouvernant le déroulé du contentieux. Il résulte de cette approche que le risque de la preuve de la disproportion manifeste pèse sur le débiteur, que cette disproportion relève du principe de la liberté de la preuve et que c’est au juge du fond de caractériser la disproportion manifeste, si besoin d’office.

979. La caractérisation de la disproportion manifeste de l’exécution forcée peut ensuite être envisagée de manière dynamique. Il s’agit alors de confronter le contrôle du juge en matière d’exécution forcée à son environnement tant normatif que factuel, cet environnement entraînant une perturbation ou une protection de la caractérisation de la disproportion manifeste. Parmi les éléments perturbateurs de cette caractérisation, il faut ranger les règles légales, qu’elles relèvent du droit commun ou qu’elles soient propres à certains contrats spéciaux, le juge devant assurer une forme d’articulation entre elles et le contrôle de l’exécution forcée¹⁵¹⁷. La perturbation peut également venir des parties au

¹⁵¹³ V. *supra* n° 491 et s.

¹⁵¹⁴ V. *supra* n° 556 et s.

¹⁵¹⁵ V. *supra* n° 597 et s.

¹⁵¹⁶ V. *supra* n° 620 et s.

¹⁵¹⁷ V. *supra* n° 699 et s.

contrat, soit en raison de leur volonté commune si elles ont stipulé une clause relative à la nouvelle exception de l'exécution forcée¹⁵¹⁸, soit en raison du comportement du débiteur qui ne peut exciper de la disproportion manifeste de l'exécution s'il commet une inexécution volontaire du contrat¹⁵¹⁹. Les éléments protecteurs de la caractérisation de la disproportion manifeste sont à trouver, quant à eux, dans les autres sanctions de l'inexécution du contrat qui restent *a priori* à la disposition du créancier privé de l'exécution forcée. En effet, il ne faut pas que le créancier puisse contourner le résultat du contrôle de l'article 1221 du Code civil en adoptant une stratégie équipollente à la fraude. À l'examen, le risque d'un tel contournement est réduit car plusieurs sanctions telles que la réparation en nature, l'exécution forcée indirecte et les dommages évalués à hauteur du coût de substitution sont spontanément menacées lorsqu'il existe une disproportion manifeste de l'exécution forcée¹⁵²⁰. Quant aux autres sanctions, elles ne sont pas menacées par la caractérisation de la disproportion manifeste de la sanction *in specie* car le créancier ne risque pas de les mobiliser pour contourner le résultat du contrôle de l'article 1221 du Code civil¹⁵²¹.

980. La mise en œuvre de la nouvelle exception à l'exécution forcée suscite donc de nombreuses questions d'ordre pratique qui appellent des réponses formulées à l'aune des éléments essentiels de cette exception. La seconde partie de la thèse a permis d'envisager ces questions afin d'accompagner au mieux les contractants et les juges confrontés à cette innovation de la réforme du droit des contrats.

¹⁵¹⁸ V. *supra* n° 769 et s.

¹⁵¹⁹ V. *supra* n° 825 et s.

¹⁵²⁰ V. *supra* n° 870 et s.

¹⁵²¹ V. *supra* n° 938 et s.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

- A -

Abus de droit :

- critère de l'abus de prérogative contractuelle : 462 et s., 473
- critère de l'intention de nuire : 437 et s., 454 et s., 473 et s.
- critère de la disproportion manifeste : 453 et s.,
- critère de la mauvaise foi : 460 et s., 473
- exécution forcée : 431 et s.
- domaine d'application : 442 et s.
- droit discrétionnaire : 445 et s.
- ordre public : 777.
- *Rapport au Président de la République* : 30 et s.
- sanction : 448 et s.
- seuil de la disproportion manifeste : 598 et s.

Altimétrie : 3, 226, 750 et s.

Analyse comportementale du droit : 97, 330.

Analyse économique du droit :

- efficacité économique : *v° ce mot.*
- exécution forcée : 354 et s.
- méthode : 43, 300.
- réforme du droit des contrats : 43, 301.

Ancien droit : 41, 155 et s.

Application de la loi dans le temps : 18 et s.

Appréciation souveraine des juges du fond : 662 et s.

Avant-projet Catala : 7.

Avant-projet Terré : 7.

- B -

Bonne foi :

- clause résolutoire : 400.
- critère : 417 et s., 600.
- domaine d'application : 404 et s.
- inexécution : 397 et s.
- ordre public : 389, 777
- prérogative contractuelle : 405 et s.
- présomption : 391, 847
- relevé d'office : 683 et s.
- signification : 387.
- substance des droits et obligations : 405 et s.

Bonne foi du créancier : *v° « Faute du créancier ».*

Bonne foi du débiteur :

- finalité : 259 et s.
- identification : 826 et s.
- caractérisation : 847 et s.

- C -

Cautionnement : 54, 131, 629

Caducité : 515.

Cahier des charges de lotissement : 21, 472, 652, 659.

Cessation de l'illicite : 15.

Clause :

- aménageant le contrôle de l'exécution forcée : 798 et s.
- excluant le contrôle de l'exécution forcée : 791 et s.
- d'intention : 799 et s.

Clauses abusives :

- aménagement du contrôle de l'exécution forcée : 798.
- champ d'application des outils de lutte contre les clauses abusives : 782 et s.
- critère du déséquilibre significatif : 785 et s.
- exclusion du contrôle de l'exécution forcée : 793.

Clause pénale :

- contrôle judiciaire : 57 et s., 135, 344, 667 et s., 681, 779.
- en cas d'exclusion de l'exécution forcée : 949, 960.
- intérêt du créancier pour l'exécution forcée : 535.

Clause résolutoire :

- bonne foi : 400.
- en cas de rejet de l'exécution forcée : 941 et s., 954.

Common law : 174 et s.

Contrat d'entreprise : 750, 795.

Contrat de bail : 559.

Contrat de construction :

- force obligatoire : 763.
- garantie bienno-décennale : 760.
- garantie de parfait achèvement : 750 et s.
- intérêt du créancier pour l'exécution forcée : 536.
- responsabilité contractuelle : 759.

Contrat de vente : *v^{is}* « *Obligation de délivrance conforme* », « *Garantie légale de conformité* ».

Contrôle de proportionnalité :

- cautionnement : 54, 131, 629
- contrôle concret en matière de droits fondamentaux : 65 et s., 102.
- contrôle horizontal en matière de droits fondamentaux : 69, 102.
- exception d'inexécution : 113 et s.
- résolution : 113 et s.

Contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité :

- qualitatif : 62 et s.
- quantitatif : 52 et s.

Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) : 201 et s.

Coût de l'exécution forcée :

- aménagement contractuel : 810 et s.
- coûts d'opportunité : 574 et s.
- coût environnemental : 564 et s.
- coût financier : 74 et s.
- coût objectif : 583 et s.
- coût subjectif : 568 et s.
- pour le débiteur : 556 et s.
- pour les tiers : 558 et s.

Coûts de transaction : 289, 367 et s.

Coûts-bénéfices : 305.

- D -

Disproportion manifeste : *v^o* « *Seuil de la disproportion manifeste* »

Doing Business : 331.

Dommages-intérêts :

- calcul : 917 et s.
- intérêt du créancier : 540 et s.

Draft Common Frame of Reference (DCFR) : 210 et s.

Droit allemand : 191 et s.

Droit belge : 193 et s.

Droit commun : 700 et s.

Droit comparé : 34, 173 et s.

Droit discrétionnaire : 445 et s.

Droit québécois : 196 et s.

Droit romain : 150 et s.

Droit spécial : 728 et s.

Droits fondamentaux : 65 et s.

- E -

Efficacité économique :

- approche normative : 329.
- approche positive : 329.
- bien-être des individus : 327.
- critères : 302 et s.
- critique : 330 et s.
- garantie légale de conformité : 343 et s.
- primauté de l'exécution forcée : 365 et s.
- unilatéralisme : 336 et s.

Effort de valorisation monétaire : 84 et s.

Exception : 133 et s.

Exception d'inexécution : 113 et s.

Exécution forcée :

- absolutisme : 3, 224 et s.
- définition : 11 et s.
- primauté : 2, 220 et s.
- procédures civiles d'exécution : 12.

Exécution forcée indirecte :

- coût raisonnable : 910 et s.
- intérêt du créancier : 540 et s.
- présentation : 16, 905 et s.

Exégèse : 37 et s.

Expertise : v° « *Mesures d'instruction exécutées par un technicien* ».

- F -

Faute dolosive : 843 et s.

Faute du créancier :

- contrôle de l'exécution forcée : 859 et s.
- demande en exécution forcée : 852 et s.

Faute lourde : 843 et s.

Faute lucrative : 250 et s., 259 et s. 362, 826 et s.

Finalité : 270 et s.

Forfait : 795.

Force obligatoire : 217 et s.

- G -

Garantie bienno-décennale : 760.

Garantie de parfait achèvement : 750 et s.

Garantie légale de conformité : 343 et s., 746 et s.

Gaspillage des ressources : 273 et s.

- H -

Histoire : 41, 148 et s., 278.

- I -

Impérativité : v° « *Supplétivité* ».

Impossibilité : 240 et s.

Imprévision :

- aménagement contractuel : 773.
- et contrôle de l'exécution forcée : 711 et s., 796.
- force obligatoire : 239 et s.

Inexécution de bonne foi : 826 et s.

Injonction : 653.

Injunction : 187 et s.

Intérêt à agir : 495, 512.

Intérêt de l'enfant : 495.

Intérêt du créancier :

- aménagement contractuel : 803 et s.
- intérêt extrinsèque : 533 et s.
- intérêt intrinsèque : 525 et s.
- licéité : 508 et s.
- subjectivisme : 493
- valorisation : 517 et s.

- J -

Juge du droit : 662 et s.

Juge du fond : 649 et s.

Juge du provisoire : 650 et s.

- K -

Kaldor-Hicks : 304, 313 et s.

- L -

Lésion :

- appréciation judiciaire : 122 et s.
- contrôle de l'exécution forcée : 701 et s.

- M -

Maximisation des richesses : 306.

Mesures d'instruction exécutées par un technicien :

- modalités : 641 et s.
- portée : 644 et s.

- principe : 637 et s.

- N -

Nemo ad factum cogi praecise potest : 157, 243.

- O -

Obligation :

- classification : 14

Obligation de délivrance conforme : 740 et s.

Obligation de minimiser son dommage : 399.

Ordre public : v° « Supplétivité ».

- P -

Pacte d'actionnaires : 739.

Pareto : 303.

Perte de chance : 537.

Piscine : 244, 279.

Posner : 300, 306, 325 et s.

Pothier : 41, 158 et s., 278.

Préjudice moral : 76 et s., 84 et s., 503.

Prérogative contractuelle : 405 et s.

Preuve :

- administration : 631 et s.
- aménagement contractuel : 820 et s.
- charge : 621 et s.
- mesures d'instruction exécutées par un technicien : 637 et s.
- objet : 621.

Principes de droit européen des contrats (PDEC) : 210 et s.

Procédures civiles d'exécution : 12.

Proportionnalité : 49 et s.,
v^{is} « *Contrôle de proportionnalité* »,
« *Contrôle reposant sur l'idée de proportionnalité* », « *Seuil de la disproportion manifeste* ».

- en cas de rejet de l'exécution forcée : 869 et s.
- incompatibilité : 869.
- intérêt du créancier pour l'exécution forcée : 540 et s.
- pouvoir d'initiative du juge : 869.

- R -

Raisonné : *v^{is}* « *Standard* »,
« *Exécution forcée indirecte* »

Rapport au Président de la République :
29 et s.

Réduction du prix : 945 et s.

Référé : 650 et s.

Remplacement : *v^o* « *Exécution forcée indirecte* ».

Relevé d'office : 673 et s.

Réparation en nature :

- existence : 17, 872 et s.
- proportionnalité : 885 et s.

Réputation : 255 et s., 534 et s.

Requête : 650 et s.

Résolution :

- contrôle judiciaire : 113 et s.
- définition : 114.
- en cas de rejet de l'exécution forcée : 940 et s.
- unilatéralisme : 336 et s.

Responsabilité contractuelle :
v^{is} « *Dommages-intérêts* », « *Réparation en nature* »

Révision pour imprévision :
v^o « *Imprévision* »

- S -

Sanctions de l'inexécution :

Seuil de la disproportion manifeste :

- aménagement contractuel : 816 et s.
- facteurs moraux : 598 et s.
- intérêt de l'exécution forcée pour le créancier : 614 et s.
- liberté judiciaire : 125 et s., 599.

Solidarisme contractuel : 418 et s.

Specialia generalibus derogant :
729 et s.

Specific performance : 174 et s.

Standard : 128 et s.

Substance du contrat : *v^o* « *Bonne foi* ».

Supplétivité :

- contrôle de l'exécution forcée : 770 et s.
- révision pour imprévision : 773.

- T -

Travaux préparatoires : 34 et s.

- U -

UNIDROIT : 206 et s.

Unilatéralisme : 336 et s.,

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

Acollas (E.), *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, 2^e éd., Germer-Baillière, 1874.

Ansault (J.-J.), *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019.

Auby (J.-B.), Périnet-Marquet (H.) et Noguellou (R.), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12^e éd., LGDJ, 2020.

Baudry-Lacantinerie (G.) et Barde (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Droit des obligations*, t. 1, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des arrêts, 1897.

Beale (H.) (dir.), *Chitty on Contracts, vol. I – General Principles*, 34^e éd., Sweet & Maxwell, 2021.

Beatson (J.), Burrows (A.) et Cartwright (J.), *Anson's law of Contract*, 31^e éd., Oxford University Press, 2020.

Bénabent (A.), *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2014 et 19^e éd., LGDJ, 2021 ; *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021.

Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, 3^e éd., PUF, 2018.

Boré (J.) et Boré (L.), *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Dalloz, 2015.

Brun (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., LexisNexis, 2018.

Burrows (A.), *Remedies for Torts, Breach of Contract and Equitable Wrongs*, 4^e éd., Oxford University Press, 2019.

Burrows (A.) (dir.), *Principles of the English Law of Obligations*, Oxford University Press, 2015.

Buy (F.), Lamoureux (M.) et Roda (J.-C.), *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019.

Cadiet (L.) et Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., LexisNexis, 2020.

Cadiet (L.), Normand (J.) et Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès*, 3^e éd., PUF, 2020.

Calamari (J. D.) et Perillo (J. M.), *The Law of Contracts*, 4^e éd., West Publishing, 1998.

Cayrol (N.), *Droit de l'exécution*, 3^e éd., LGDJ, 2019.

Chainais (C.), Ferrand (F.), Mayer (L.) et Guinchard (S.), *Procédure civile*, 36^e éd., Dalloz, 2022.

Chamberland (L.) (dir.), *Le grand collectif : Code de procédure civile (commentaires et annotation)*, Yvon Blais, 2015.

Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 1915.

Collart-Dutilleul (F.) et Delebecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019.

Delvincourt (C.-E.), *Cours de Code Napoléon*, t. 2, Gueffier, 1813.

Demolombe (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Durand-Hachette, 1868.

Demogue (R.), *Traité des obligations en général*, t. 6, Rousseau, 1931.

Deshayes (O.), Genicon (Th.) et Laithier (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2016 ; 2^e éd., LexisNexis, 2018.

Dissaux (N.) et Jamin (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016.

Douville (T.) (dir.), *La réforme du droit des contrats*, 2^e éd., Gualino, 2018.

Dross (W.), *Droit des biens*, 5^e éd., LGDJ, 2021.

Duranton (A.), *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. 1, Nève, 1819.

Enderlein (F.) et Maskov (D.), *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992.

Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations*, t. 1, 6^e éd., PUF, 2021 ; t. 2, 5^e éd., PUF, 2021.

Fabre-Magnan (M.) et Brunet (F.), *Introduction générale au droit*, 2^e éd., PUF, 2022.

Fages (B.), *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2021.

Farnsworth (E. A.), *Contracts*, 4^e éd., Aspen Publishers, 2004.

Fenouillet (D.) (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020.

Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.), *Les obligations – L'acte juridique*, 17^e éd., Sirey, 2022.

Fromont (M.) et Knetsch (J.), *Droit privé allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2017.

Fry (E.), *A Treatise on the Specific Performance of Contracts*, 5^e éd., Northcote, 1911.

Gaudemet (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.

Gautier (P.-Y.), *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021 (avec le concours de N. Blanc).

Gendreau (P.-A.), Thibault (F.), Ferland (D.), Cliche (B.) et Gravel (M.), *L'injonction*, Yvon Blais, 1998.

Ghestin (J.) et Barbier (H.), *Introduction générale*, t. 2, 5^e éd., LGDJ, 2020.

Ghestin (J.), Barbier (H.) et Bergé (J.-S.), *Introduction générale*, t. 1, 5^e éd., LGDJ, 2018.

Grimaldi (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, 2^e éd., LexisNexis, 2022.

Héron (J.), Le Bars (Th.) et Salhi (K.), *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, 2019.

Heuzé (V.), *La vente internationale de marchandises : Droit uniforme*, LGDJ, 2000.

Honnold (J. O.), *Uniform Law for International Sales*, 3^e éd., Kluwer Law International, 1999.

Houtcieff (D.), *Droit des contrats*, 6^e éd., Bruylant, 2021.

Huc (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Pichon, 1892-1903.

Jobard-Bachelier (M.-N.), Bachelier (X.) et Buk Lament (J.), *La technique de cassation*, 9^e éd., Dalloz, 2018.

- Jobin (P.-G.) et Vézina (N.)**, *Les obligations*, 7^e éd., Yvon Blais, 2013.
- Jones (G.) et Goodhart (W.)**, *Specific performance*, Butterworths, 1986.
- Josserand (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, 1939.
- Larombière (L.-V.-L.-J.)**, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, Durand, 1857.
- Larroumet (C.) et Bros (S.)**, *Les obligations, le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021.
- Legrand (P.)**, *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, 2015.
- Legeais (D.)**, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^e éd., LGDJ, 2019 ; 14^e éd., LGDJ, 2021.
- Le Tourneau (Ph.) (dir.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz, 2020.
- Levesque (F.)**, *Précis de droit québécois des obligations*, Yvon Blais, 2014.
- Lévy (J.-P.) et Castaldo (A.)**, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010.
- Lluelles (D.) et Moore (B.)**, *Droit des obligations*, 3^e éd., Les Editions Thémis, 2018.
- Mackaay (E.), Rousseau (S.), Larouche (P.) et Parent (A.)**, *Analyse économique du droit*, 3^e éd., Dalloz-Thémis, 2021.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.)**, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Gautier (P.-Y.)**, *Droit des contrats spéciaux*, 12^e éd., LGDJ, 2022.
- Malaurie (Ph.) et Fulchiron (H.)**, *Droit de la famille*, 7^e éd., LGDJ, 2020.
- Malaurie (Ph.) et Morvan (P.)**, *Introduction au droit*, LGDJ, 9^e éd., 2022.
- Malaurie (Ph.) et Peterka (N.)**, *Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, 12^e éd., LGDJ, 2022.
- Malinvaud (Ph.) (dir.)**, *Droit de la construction*, Dalloz, 7^e éd., 2018.
- Malinvaud (Ph.), Mekki (M.) et Seube (J.-B.)**, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021.
- Marais (A.)**, *Introduction au droit*, 9^e éd., Vuibert, 2020.
- Markesinis (B. S), Unberath (H.) et Johnston (A.)**, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2^e éd., Hart Publishing, 2006.
- Mercadal (B.)**, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016.
- Moussa (Th.) (dir.)**, *Droit de l'expertise*, 4^e éd., Dalloz, 2020
- Peel (E.)**, *Treitel on the Law of Contract*, 15^e éd., Sweet & Maxwell, 2020.
- Posner (R. A.)**, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 9^e éd., 2014.
- Pothier (R.-J.)**, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, éd. Debure-Rouzeau-Montaut, 1762 ; *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, éd. Debure-Rouzeau-Montaut, 1764.
- Puig (P.)**, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2019.

- Raynard (J.) et Seube (J.-B.),** *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019.
- Roland (H.), Starck (B.) et Boyer (L.),** *Obligations*, t. 2, 4^e éd., Litec, 1993.
- Saint-Pau (J.-C.) (dir.),** *Droit de la personnalité*, LexisNexis, 2013.
- Schlechtriem (P.) et Witz (C.),** *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.
- Schwenzer (I.),** *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CSIG)*, 4^e éd., Oxford University Press, 2016.
- Schwenzer (I.), Hachen (P.) et Kee (C.),** *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012.
- Simler (Ph.),** *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018.
- Spry (I. C. F.),** *The Principles of Equitable Remedies*, 6^e éd., Sweet & Maxwell, 2001.
- Starck (B.), Rolland (H.) et L. Boyer (L.),** *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 4^e éd., Litec, 1991.
- Strickler (Y.) et Varnek (A.),** *Procédure civile*, 10^e éd., Bruylant, 2020.
- Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.),** *Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018 ; 13^e éd., Dalloz, 2022.
- Teyssié (B.),** *Droit des personnes*, 23^e éd., LexisNexis, 2021
- Toullier (C.-B.-M.),** *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. 6, 4^e éd., Warée, 1824.
- Van Ommeslaghe (P.),** *Droit des obligations*, t. 1, Bruylant, 2010.
- Vergès (E.), Vial (G.) et Leclerc (O.),** *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, 2022.
- Viney (G.), Jourdain (P.) et Carval (S.),** *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013 ; *Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2017.
- Vogenauer (S.) (dir.),** *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2^e éd., Oxford University Press, 2015.

II. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, colloques et cours

Allix (N.), *Les sanctions pécuniaires civiles*, LGDJ, 2022, préf. L. Leveneur.

Andreu (L.) et Mignot (M.) (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017.

Association Henri Capitant (coll.), *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006.

Balat (N.), *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, préf. M. Grimaldi.

Barry (B.), *La réparation en nature*, PUT, 2016, préf. M. Poumarède.

Béhar-Touchais (dir.), « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 sept. 1998, p. 3.

Bloch (C.), *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, préf. R. Bout et Ph. Le Tourneau.

Bollée (S.), Laithier (Y.-M.) et Pérès (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010.

Bonnecase (J.), *L'Ecole de l'exégèse, sa doctrine, ses méthodes*, 2^e éd., De Broccard, 1924.

Canivet (G.), Frison-Roche (M.-A.) et Klein (M.) (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.) et F. Chénéde (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015.

Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1995 ; *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001.

Cartwright (J.), Vogenauer (S.) et Whittaker (S.) (dir.), *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala)*, Hart Publishing, 2009.

Cassin (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non aimpleti contractus) et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, L. Tenin, 1914 ; *L'inexécution des contrats et ses suites*, Cours de droit civil 1934-1935.

Catala (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

Chainais (C.), *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, préf. S. Guinchard.

Chantepie (G.), *La lésion*, LGDJ, 2006, préf. G. Viney.

Chaudouet (S.), *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, préf. N. Ferrier.

Cornu (G.), *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Cours de droit, 1977.

Coulet (J.), *L'exécution forcée en nature*, Paris II, 2007.

Cour de cassation, Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018.

- Courdier-Cuisinier (A.-S.),** *Le solidarisme contractuel*, LexisNexis-Litec, 2006, préf. E. Loquin.
- Deffains (B.) et Ferey (S.),** *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2010.
- de Moy (J.-M.),** *L'exception en droit privé*, PUAM, 2011, préf. R. Descorges.
- Després (L.),** *Les mesures d'instruction in futurum*, préf. G. Wiederkehr, Dalloz, 2004.
- Duclercq (J.-B.),** *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015, préf. J.-L. Debré et M. Verpeaux.
- Duxbury (N.),** *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1997.
- Eberhard (S.),** *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2005.
- Fabre-Magnan (M.),** *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin.
- Faure-Abbad (M.),** *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Rémy.
- Faure-Abbad (M.) (dir.),** *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2018.
- Fenet (P. A.),** *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, éd. Videcoq, 1836.
- Ferey (S.),** *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2008.
- Fournier de Crouy (N.),** *La faute lucrative*, Economica, 2018, préf. M. Béhar-Touchais.
- Galbois-Lehalle (D.),** *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, préf. Y. Lequette.
- Genicon (J.),** *De la règle Nemo praecise potest cogi ad factum*, Y. Cadoret, 1910.
- Genicon (Th.),** *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur.
- Goldie-Genicon (C.),** *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette.
- Grosser (P.),** *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Thèse Paris I, 2000.
- Grynbaum (L.) et Nicod (M.) (dir.),** *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.
- Harnay (S.) et Marciano (A.),** *Posner – L'analyse économique du droit*, Michalon, 2017.
- Hoffschir (N.),** *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, préf. S. Amrani-Mekki.
- Houlié (S.),** *Rapport*, Assemblée nationale, 1^{re} lecture, n° 429, 29 novembre 2017.
- Huet (J.),** *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris II, 1978
- Jabbour (R.),** *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016, préf. L. Aynès.
- Jacquemin (Z.),** *Payer, réparer, punir – Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, LGDJ, 2021, préf. B. Fauvarque-Cosson et O. Remien.

- Jaouen (M.),** *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, 2013, préf. D. Mazeaud.
- Jamin (C.) et Mazeaud (D.) (dir.),** *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999 ; *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- Jestaz (Ph.) et C. Jamin (C.),** *La doctrine*, Dalloz, 2004.
- Josserand (L.),** *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939.
- Juen (E.),** *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016, préf. E. Loquin.
- Kaplow (L.) et Shavell (S.),** *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002.
- Kirat (T.),** *Économie du droit*, La découverte, 2012.
- Lagelée-Heymann (M.),** *Le contrat à forfait*, IRJS, 2016, préf. L. Aynès.
- Laithier (Y.-M.),** *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt.
- Lando (O.) (dir.),** *Principes du droit européen du contrat* (trad. G. Rouhette), Société de Législation comparée, 2003.
- Lanneau (R.),** *Fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Thèse Paris X, 2009.
- Lasserre (V.),** *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015.
- Lebeau (M.),** *De l'interprétation stricte des lois, Essai de méthodologie*, Defrénois, 2012, préf. P.-Y. Gautier.
- Le Gac-Pech (S.),** *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, préf. H. Muir Watt.
- Legrand (P.) (dir.),** *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009.
- Lemay (P.),** *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, 2014, préf. S. Chassagnard-Pinet, av.-pr. G. Chantepie.
- Lequet (P.),** *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, LGDJ, 2022, préf. F. Pasqualini, av.-pr. M. Malaurie Vignal.
- Leveneur-Azémar (M.),** *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, préf. Y. Lequette.
- Libchaber (R.),** *Le contrat au XXI^e siècle – L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020.
- Lonis-Apokourastos (V.),** *La primauté contemporaine du droit à l'exécution forcée*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre
- Lucienne (L.),** *Specialia generalibus derogant*, Thèse Tours, 2020
- Maire (G.),** *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, LGDJ, 2018, préf. N. Damas et L. Perreau-Saussine.
- Malecki (C.),** *L'exception d'inexécution*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin.
- Massin (E.),** *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, A. Durand et G. Pedone-Lauriel, 1893.
- Mazeaud (D.),** *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas.

- Meynial (E.),** *La sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, Marescq, 1887.
- Mignon-Colombet (A.),** *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon.
- Molina (L.),** *La prérogative contractuelle*, LGDJ, 2022, préf. L. Aynès.
- Morvan (P.),** *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Souriou.
- Motulsky (H.),** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948.
- Oppetit (B.),** *Droit et modernité*, PUF, 1998.
- Parisi (F.),** *The Language of Law and Economics – A Dictionary*, Cambridge University Press, 2013.
- Paulin (Ch.),** *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze.
- Pégliion-Zika (C.-M.),** *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, LGDJ, 2018, préf. L. Leveneur.
- Pérès (C.),** *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.
- Perrot (R.),** *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947, préf. R. Le Balle.
- Philippe (X.),** *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, PUAM, 1990, préf. Ch. Debbasch.
- Pillebout (J.-F.),** *Recherches sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, 1971, préf. P. Raynaud.
- Pillet (F.),** *Rapport*, Sénat, 1^{re} lecture, n° 22, 11 octobre 2017.
- Pinna (A.),** *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, préf. P.-Y. Gautier.
- Popineau-Dehaullon (C.),** *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré.
- Posner (R.),** *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990.
- Reifegerste (S.),** *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, préf. H. Muir Watt.
- Revue de droit d'Assas (coll.) :** « La fondamentalisation du droit privé », *Rev. dr. Assas* 2015, n° 15.
- Revue des contrats (coll.) :** « L'office du juge et le contrat », *RDC* 2022/2, p. 160 et s. ; « L'évaluation des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ? » *RDC* 2019/1, p. 160 et s. ; « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018/3, p. 502 et s. ; « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC* 2018, Hors-série ; « Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2017/1, p. 165 et s. ; « Pour une réforme ambitieuse de la responsabilité contractuelle », *RDC* 2016/4, p. 770 et s. ; « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016/3, p. 571 et s. ; « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016/2, p. 351 et s. ; « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC* 2016, Hors-série ; « Le projet de réforme du droit des contrats », *RDC* 2015/3, p. 615 ; « L'expertise dans le contrat », *RDC* 2014/2, p. 304 et s. ; « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011/2, p. 639 et s.
- Rials (S.),** *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, préf. P. Weil.
- Rigalle-Dumetz (C.),** *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, préf. C. Jamin.
- Ripert (G.),** *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949 ; *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955.

- Ripert (L.)**, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, 1933.
- Rochfeld (J.)**, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1997, préf. J. Ghestin.
- Roubier (P.)**, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Sirey, 1951 ; *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Dalloz-Sirey, 1960, rééd. Dalloz, 2008.
- Roujou de Boubée (M.-E.)**, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, préf. P. Hébraud.
- Rowan (S.)**, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press, 2012.
- Savatier (R.)**, *Le droit comptable au service de l'Homme*, Dalloz, 1969.
- Signat (C.)**, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat – Étude de droit comparé franco-allemand*, LGDJ, 2018, préf. B. Fauvarque-Cosson et O. Remien.
- Stévignon (A.)**, *Le climat et le droit des obligations*, LGDJ, 2022, préf. N. Molfessis.
- Stoffel-Munck (Ph.)**, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout.
- Sunstein (C.) (dir.)**, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.
- Terré (F.) (dir.)**, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.
- Thibierge (C.) (dir.)**, *La densification normative – Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013.
- Treitel (G. H.)**, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, 1988.
- von Bar (C.) et Clive (E.) (dir.)**, *Principles, Definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Oxford University Press, 2010.
- Wéry (P.)**, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Kluwer, 1993.
- Yorio (E.) et Thel (S.)**, *Contract Enforcement: Specific performance and injunctions*, 2^e éd., Wolters Kluwer, 2011.
- Zimmermann (R.)**, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996 ; *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, 2005.

III. Articles et chroniques¹⁵²²

Amann (B.), « Quelques apports de l'analyse économique au droit », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Francis Lefebvre-Dalloz, 2020, p. 923.

Ancel (N.), « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p. 408.

Ancel (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, LexisNexis-Dalloz, 2011, p. 61 ; « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 15.

Ansault (J.-J.), « L'abus du droit de recouvrer sa créance... 30 ans après », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 33.

Audit (P.-E.), « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *RTD civ.* 2021, p. 545.

Aynès (A.), « Conventions sur la preuve : validité limitée », *Droit et pat.* 2015, septembre, n° 250 ; « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et patr.* 2016, juin, p. 49.

Aynès (L.), « Rapport introductif », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 3 ; « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, hors-série, p. 14.

Bacache (M.), « Responsabilité civile : une réforme *a minima* ? », *JCP G* 2020, 1007.

Balat (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699 ; « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *Rev. dr. Assas* 2016, n° 12, p. 59 ; « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p. 2099 ; « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895 ; « À propos du nouveau droit commun des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 27.

Barbier (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247 ; « L'exécution et la sortie du contrat », *RDC* 2018, hors-série, p. 40.

Béhar-Touchais (M.), « Rapport introductif », in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 sept. 1998, p. 3.

Bellivier (F.) et Sefton-Green (R.), « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91.

Bénabent (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat – Rapport français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1994, p. 291 ; « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné », *D.* 2015, p. 137 ; « La "digestion" de la réforme (entrée en vigueur) », *RDC* 2016/3, p. 608 ; « Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 1024.

Bernheim-Desvaux (S.), « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *CCC* 2021, comm. 174.

Bishop (W.) « The Choice of Remedy for Breach of Contract », (1985) 14 *J. Legal Stud.* 299.

Blanc (N.), « Contrats nommés et innommés, un article disparu ? », *RDC* 2015/3, p. 810 ; « Le juge est les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 394.

¹⁵²² Les ressources étrangères sont citées selon l'usage dans les pays de publication.

Boccara (B.), « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP G* 1975, I, 2742 ; « La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil », *JCP* 1970, I, 2294.

Bolard (G.), « L'office du juge en procédure civile », *Rev. dr. Assas* 2017, n° 13-14, p. 78.

Borghetti (J.-S.), « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016/4, p. 787 ; « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 1386 ; « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 1442 ; « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, p. 770 ; « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017, p. 1846 ; « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 131.

Bornstein (L.), « Opting out of the Legal System: Extralegal contractual relations in the diamond industry », (1992) 21 *Journal Legal Stud.* 115.

Braibant (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 297.

Bray (S. L.), « The System of Equitable Remedies », (2016) 63 *UCLA L. Rev.* 530.

Buchberger (M.), « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *D.* 2011, p. 465.

Bucher (C.-E.), « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *Rev. dr. Assas* 2018, n° 17, p. 73.

Buffet (J.), « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, p. 113.

Burrows (A.), « Specific performance at the crossroads », (1984) 4 *Legal Stud.* 102.

Cadiet (L.), « Introduction », in « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 10.

Cabrillac (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, PUT, p. 235.

Cabrillac (S.), « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaider pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu*, Bruylant, 2019, p. 119.

Capitant (H.), « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365.

Cartwright (J.), « Freedom of Contract, Judicial Control, and Remedies for Non-performance: Comparative Reflections from English Law », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 85.

Caston (A.) et Poumarède (M.), « L'obligation de démolir l'immeuble », *RDI* 2020, p. 647.

Cayrol (N.), « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.* 2011, p. 904 ; « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *RTD civ.* 2016, p. 449 ; « Réflexions sur la motivation en procédure civile », *Rev. dr. Assas* 2019, n° 19, p. 25

Cauvin (G.), « L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations – À la recherche de principes directeurs... », *Gaz. Pal.* 2019, n° 19, p. 65.

Chabas (F.), « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, Chron. 229.

Champaud (C.), « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », in *Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 97.

Chantepie (G.), « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat* 2016, p. 412 ; « Réduction du prix et résolution par notification », in M. Latina (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 83 ; « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* 2018, 1336.

Chantepie (G.) et Latina (M.), « Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.* 2022, p. 1716.

Chassagnard-Pinet (S.), « Le vocabulaire », *RDC* 2016/3, p. 581.

Chazal (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 97.

Chénéde (F.), « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 113 ; « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G* 2016, 776 ; « La réduction du prix », *RDC* 2017/3, p. 571.

Cohen (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517.

Coudoing (N.), « La garantie de parfait achèvement : une garantie insolite », *RDI* 2011, p. 318.

Couret (A.), « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *BJS* 2017, p. 202.

Crépeau (L.), « La bonne foi comme limite à l'exécution en nature », (2019) 53 *RJTUM* 323.

Crocq (P.), « Proportionnalité et sûretés », in *Études offertes à Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 29.

Cuzacq (N.), « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *LPA* 7 mai 2003, p. 4 ; « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.* 2017, p. 473.

Danos (F.), « Obligation de donner, de livrer et de délivrer », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 143.

Dawson (J. P.), « Specific performance in France and Germany », (1959) 57 *Mich. LR* 495.

Delebecque (Ph.), « Droit commun et droit spécial des contrats : quelle dialectique après la réforme du 10 février 2016 ? », in *Mélanges en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 347 ; « "L'attractivité" du droit français : un mot d'ordre dépourvu de sens ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 185.

de la Forge (H.) et Salem (S.), « Réforme du droit des contrats en France : aspects pratiques dans les projets de construction », *Construction - Urbanisme* 2016, ét. 13.

Demont (B.), « Le regard du praticien sur la réforme du droit des contrats et des obligations », *CCC* 2016, doss. 9.

Deshayes (O.), « Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères ? », *RD* 2014/2, p. 157 ; « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », *RDC* 2014/4, p. 654.

Deshayes (O.), Genicon (Th.) et Laithier (Y.-M.), « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G* 2018, 529.

Depadt-Sebag (V.), « Les conventions sur la preuve », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13.

- Deumier (P.)**, « Contrôle concret de proportionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578 ; « La convention de Vienne, source vivifiante pour les questions d'interprétation », in *Mélanges en l'honneur de Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 265.
- Djogbenou (J.)**, « Juger par les experts : quelques aspects contemporains d'une justice déléguée aux techniciens », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 409.
- Dondero (B.)**, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.
- Dornis (T. W.)**, « Particular Remedies for Non-performance », in S. Leible et M. Lehmann (dir.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, 2014.
- Downe (A.)**, « Vers un droit raisonnable : l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution », *LPA* 2019, n° 205, p. 6.
- Driesen (D.) et Malloy (R.)**, « Critiques of Law and Economics », in F. Parisi (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Vol. 1 – Methodology and Concepts*, Oxford University Press, 2017, p. 300.
- Dross (W.)**, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2013, p. 1.
- Ducoulombier (P.)**, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, p. 1778.
- Durand-Pasquier (G.)**, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », *RDI* 2016, p. 355.
- Dworkin (R.)**, « Is Wealth a Value? », (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 191.
- Eisenberg (M. A.)**, « Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law », (2005) 93 *Calif. L. Rev.* 975.
- Eisenberg (T.) et Miller (G. P.)**, « Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts », (2015) 12 *Journal of Empirical Studies* 29.
- Eudier (F.)**, « Ordre public substantiel et office du juge : l'application d'office de la loi du 5 juillet 1985 », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS, 2021, p. 351.
- Etienney-de Sainte Marie (A.)**, « L'enseignement du contrôle de proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021, p. 161.
- Fabre-Magnan (M.)**, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 ; « L'engagement du promettant – Engagement au contrat préparatoire », *RDC* 2012, p. 633 ; « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 435.
- Faure-Abbad (M.)**, « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI* 2017, p. 5702 ; « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 181.
- Faust (F.) et Wiese (V.)**, « Specific Performance – A German Perspective », in J. Smits, D. Haas et G. Heslen (dir.), *Specific Performance in Contract Law: National and other perspectives*, Intersentia, 2008, p. 47.
- Fauvarque-Cosson (B.) et Kerhuel (A.-J.)**, « Is Law an Economic Contest? French Reactions to the *Doing Business* World Bank Reports and Economic Analysis of Law », (2009) 57 *Am. J. Comp. L.* 81.
- Favard (G.-J.)**, « Rapport » in J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. 12, éd. Treutel et Würtz, 1828, p. 433.

- Fenouillet (D.),** « Les valeurs morales », *RDC* 2016/3, p. 589.
- Ferey (S.),** « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, de Boeck, 2015, p. 28
- Fériel (L.),** « L'avenir de la réparation du préjudice – À propos du Rapport du Sénat du 22 juillet 2020 sur la réforme de la responsabilité civile », *RCA* 2021, ét. 2.
- François (C.),** « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506.
- Fromont (M.),** « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156 ; « Les effets de l'inexécution du contrat en Allemagne depuis la réforme du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, 2011, p. 91.
- Fulchiron (H.),** « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.
- Garapon (A.),** « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, 31.
- Gaudemet (S.),** « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, 559 ; « Ratification de la réforme du droit des obligations : le droit transitoire », *RDC* 2018, hors-série, p. 59.
- Gautier (P.-Y.),** « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : l'anti-Daguesseau », *JCP G* 2016, p. 189.
- Genicon (Th.),** « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 63 ; « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p. 625 ; « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016/4, p. 751 ; « L'exception d'inexécution », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson et S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil - Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, 2018, p. 309 ; « Conjurer la "faiblesse obligatoire" du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats », in « Table ronde : Les défis du droit des contrats », *CCC* 2020, dossier 12 ; « Nouvelle garantie de conformité dans la vente au consommateur : l'heure des choix (à propos de la transposition de la directive 2019/771/UE) », *D.* 2021, p. 534.
- Germain (J.-F.),** « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », in J.-F. Romain (dir.), *Droit des obligations – Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruylant, 2014, p. 117.
- Gerry-Vernières (S.),** « *Comply or explain* et *Name and shame* – Variations autour de la garantie normative du code AFEP-MEDEF », in C. Thibierge (dir.), *La garantie normative*, Mare & Martin, 2021, p. 479.
- Ghestin (J.),** « L'exception d'inexécution, Rapport français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 3.
- Godzlagier (J.),** « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Les cahiers de la justice* 2005, p. 507.
- Goesel-Le Bihan (V.),** « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 1997, p. 227.
- Gogos-Gintrand (A.),** « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité *versus* contrôle de conventionnalité », *D.* 2020, p. 2409.
- Goldie-Genicon (C.),** « Droit commun et droit spécial », *Rev. dr. Assas* 2013, n° 7, p. 29.
- Grimaldi (C.),** « Proposition de modification de l'article 1221 du Code civil : l'exécution aux frais du débiteur », *RDC* 2017/1, p. 192 ; « La prise en considération des concepts du nouveau droit des contrats par le rédacteur

d'actes en vue d'en assurer l'efficacité », in *Mélanges en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 505.

Grosser (P.), « Observations », in J. Ghestin (dir.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, p. 78 ; « L'exécution forcée en nature », *AJ Contrat* 2016, p. 119 ; « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et. patr.* 2016, n° 258, p. 70.

Guiguet-Schiélé (Q.), « L'incompatibilité des sanctions de droit commun de l'inexécution contractuelle », *RTD civ.* 2021, p. 797.

Helleringer (G.), « La protection des consommateurs de produits financiers – Exemple d'analyse comportementale du droit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 288

Héron (J.), « L'ordre public dans le procès. Rapport français », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 49, journées Libanaises, LGDJ, 2001, p. 943.

Hiez (D.), « Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier-LexisNexis, 2021, p. 365.

Horn (S.), « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p. 333.

Houtcief (D.), « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 2018, n° 15, p. 14

Jacquemin (Z.), « Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité », *RDC* 2016/4, p. 808

Jambu-Merlin (R.), « Dol et faute lourde », *D.* 1955, p. 89.

Jamin (C.), « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 72 ; « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 451 ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 445 ; « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263 ; « Notations sur un solidarisme contractuel », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 433 ; « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du Code civil », *D.* 2021, p. 888.

Jaouen (M.), « Le rôle du juge et des parties en matière de sanctions contractuelles après la réforme de 2016 : une transformation à parfaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS, 2021, p. 433.

Jeandidier (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 701.

Jestaz (Ph.), Marguénaud (J.-P.) et Jamin (C.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

Jestaz (Ph.), « Rapport de synthèse », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 88.

Jeuland (E.), « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 20.

Jobin (P.-G.), « Les sanctions de l'inexécution du contrat », in *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Yvon Blais, 1998, p. 95 ; « L'exécution forcée en nature du contrat au Québec. Les sources du droit remises en question », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 235.

Jourdain (P.), « La bonne foi dans la formation du contrat – Rapport Français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1994, p. 121 ; « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995, p. 51.

Juillet (C.), « Les standards juridiques en droit des sûretés », *Rev. dr. Assas* 2014, n° 9, p. 73.

Juillet-Régis (H.), « Nouveau droit commun des sanctions contractuelles et risque manifeste d'inexécution : *quid* de la résolution et de la réfaction anticipées ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 991.

Jukier (R.), « The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law », (1987) 47 *R. du B.* 47.

Kastely (A. H.), « The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention », (1988) 63 *Washington Law Review* 607.

Knetsch (K.), « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443 ; « Comment enseigner le droit des obligations après la refonte du titre III du livre III du Code civil ? », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier-LexisNexis, 2021, p. 261.

Kogelenberg (M. V.), « Article III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement – Albeit Imperfect – Compared with Article 9:102 PECL », (2009) 17 *ERPL* 599.

Kornhauser (L. A.), « An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies », (1985-1986) 57 *U. Colo. L. Rev.* 683.

Kronman (A. T.), « Specific Performance », (1978) 45 *U. Chi. L. Rev.* 251.

Laithier (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution forcée », *RDC* 2005/1, p. 161 ; « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in P. Stoffel-Munck, (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 97 ; « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », *D.* 2014, p. 33 ; « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, *JCP G* 2015, n° spécial, p. 47 ; « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, Hors-série, p. 39 ; « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson et S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, 2018, p. 271

Lando (O.), « Article 28 », in C. M. Bianco et M. J. Bonnel (dir.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, p. 232.

Lardeux (G.), « Commentaire du Titre IV *bis* nouveau du Livre III du Code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850 ; « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *JCP G* 2021, 502.

Larroumet (C.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441.

Lasbordes-de Virville (V.), « Nouveautés en matière de garantie légale de conformité dans les ventes de biens de consommation. À propos de la transposition des directives UE 2019/770 et 2019/771 du 20 mai 2019 par l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 », *CCC* 2021, ét. 11

Lebois (A.), « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G* 2008, I, 210.

Lécuyer (H.), « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 septembre 1998, p. 31 ; « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 643 « L'inexécution du contrat », *CCC* 2016, doss. 7.

Leduc (F.), « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, 2014, p. 121.

Le Gac-Pech (S.), « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, 991.

Lequette (Y.), « D'une célébration à l'autre (1904-2004) » in *Le Code civil 1804- 2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-LexisNexis, 2004, p. 9 ; « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 879 ; « Y aura-t-il en France, l'an prochain, un droit commun des contrats », *RDC* 2015/3, p. 616.

Leveneux (L.), « La nouvelle garantie légale de conformité des biens vendus aux consommateurs », in *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 635 ; « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *CCC* 2008, rep. 10 ; « Introduction générale : application dans le temps et caractère supplétif ou impératif des dispositions issues de la réforme du droit des contrats », *RGDA* 2017, p. 583 ; « Entrée en vigueur de la loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : ce qu'il faut retenir », *JCP N* 2018, act. 752 ; « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », *CCC* 2018, ét. 11, n° 19.

Libchaber (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792 ; « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020, p. 1185.

Linzer (P.), « On the Amorality of Contract Remedies – Efficiency, Equity and the Second Restatement », (1981) 81 *Colum. L. Rev.* 111

Louvel (B.), « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », mars 2015 ; « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

Lucas (F.-X.), « L'exécution forcée des conventions de vote », *BJS* 2011, p. 625.

Mackaay (E.), « History of Law and Economics », in B. Bouckaert et G. de Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, Edward Elgar, 2000, p. 65.

Mainguy (D.), « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p. 15 ; « L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 44 ; « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », *D.* 2016, p. 1762.

Malaurie (Ph.), « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, doct. 204.

Malinvaud (Ph.), « Le principe de proportionnalité et le droit de la construction », *RDI* 2016, p. 437.

Mallet-Bricout (B.), « La bonne foi en droit des biens », *Rev. dr. Assas* 2016, n° 12, p. 51.

Marzal (T.), « La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

Mathieu (B.), « Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique », *JCP E* 2019, 1126.

Mayer (L.), « Réflexions sur l'étendue des pouvoirs d'initiative du juge en matière contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Théry*, LGDJ-Dalloz, 2022, p. 403.

Mazeaud (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 septembre 1998, p. 12 ; « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 609 ; « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003/1, p. 295 ; « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57 ; « La révision du contrat », *LPA* 2005, n° 149, p. 4 ; « Le juge et le contrat. Variations sur un couple "illégitime" », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 ; « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution –

Rapport Français », *RDC* 2010/3, p. 1076 ; « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477 ; « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529 ; « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912.

Mekki (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », *RDC* 2008/3, p. 681 ; « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC* 2009/2, p. 453 ; « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816 ; « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 7 ; « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n° 270, p. 15 ; « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », *Gaz. Pal.* 02 avril 2017, p. 12 ; « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.

Mestre (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439 ; « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in J. Mestre (dir.), *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, rééd. *Revue de droit Henri Capitant*, 2012, n° 3.

Mignot (M.), « Le droit de la vente après l'ordonnance n° 2016-131 », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 9.

Molfessis (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA* 30 septembre 1998, p. 21 ; « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005/1, p. 37 ; « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2017, 1045

Moury (J.), « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD civ.* 2009, p. 665

Muir Watt (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, p. 37.

Muris (T. J.), « The Costs of Freely Granting Specific Performance », (1982) 1982 *Duke L.J.* 1053.

Oppetit (B.), « Droit et économie », in *Archives de Philosophie du droit, Droit et économie*, t. 37, 1992, p. 26.

Paisant (G.), « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », *RTD civ.* 1985, p. 647.

Pégion-Zika (C.-M.), « Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *RLDC* 2018, juillet-Août, p. 11.

Pellet (S.), « Sanction de la violation d'une promesse unilatérale de contrat : l'épilogue ? », *RDC* 2020/1, p. 20.

Pellier (J.-D.), « La nouvelle garantie légale de conformité est arrivée ! », *RDC* 2022/1, p. 71.

Pérès (C.), « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, 454.

Perillo (J. M.), « UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the Black Letter Text and a Review », (1994) 63 *Fordham L. Rev.* 281.

Périnet-Marquet (H.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI* 2015, p. 251 ; « Réforme du droit des obligations et contrats de construction : propos conclusifs », in M. Faure-Abbad (dir.), *Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 131.

Pignarre (L.-F.), « Obligation de ne pas faire : quelle sanction au lendemain de la réforme ? », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 680.

- Posner (R. A.),** « The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman », (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 243.
- Prujiner (A.),** « L'injonction, voie d'exécution forcée des obligations de faire », (1989) 20 *Rev. Gén.* 51.
- Puig (P.),** « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p. 70 ; « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », *RTD civ.* 2017, p. 84
- Ranieri (F.),** « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé*, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 811.
- Raynard (J.),** « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *RDC* 2011/2, p. 695.
- Raynouard (A.),** « Comparaison n'est pas raison : benchmarks, concurrence normative et attractivité du droit », in *Mélanges en l'honneur de Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 777.
- Remien (O.),** « Enforced Performance in European Contract Law: The Story of the Poor Banabas and the Hope for Happier Europeans », in K. Boele-Woelki et W. Grosheide (dir.), *The Future of European Contract Law – Essays in honour of Ewoud Hondius*, Kluwer Law International, 2007.
- Rémy (Ph.),** « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985/1, p. 115 ; « La "responsabilité contractuelle", histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.
- Rémy-Corlay (P.),** « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005/1, p. 13.
- Revet (Th.),** « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Mélanges en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 887.
- Riem (Th.) et Heiß (Th. A.),** « La disproportion manifeste du coût de l'exécution en nature (art. 1221 du Code civil) – Une perspective allemande », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 815.
- Ripert (G.),** « Abus ou relativité des droits (à propos de l'ouvrage de M. Josserand) », *Rev. crit. de légis. et de juris.* 1929, p. 33 ; « Le prix de la douleur », *D.* 1948, p. 1.
- Roets (D.),** « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92.
- Rouast (A.),** « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1.
- Rouvière (F.),** « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016/3, p. 600 ; « L'imbroglie de l'application transitoire du droit transitoire », *RTD civ.* 2018, p. 1022 ; « Le raisonnement juridique comme mathématisation de l'argumentation », in *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu*, Bruylant, 2019, p. 665.
- Schütz (R.-N.),** « Le droit du bail après la réforme du droit commun des contrats. En attendant celle des contrats spéciaux », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 51
- Schwartz (A.),** « The Case for Specific Performance », (1979) 89 *Yale L.J.* 271.
- Schwenzer (L.),** « Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1999) 1 *Eur. J. L. Reform* 289.
- Shavell (S.),** « Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis », (2006) 84 *Tex. L. Rev.* 831.
- Stijns (S.) et Auvray (F.),** « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in M. Dupont (dir.), *Les obligations contractuelles*, Larcier, 2016, p. 269.

- Stoffel-Munck (Ph.)**, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC* 2005/1, p. 333.
- Sudre (F.)**, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme – De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, 289.
- Ta (I.)**, « L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun », *Dr. et patr.* 2019, n° 291, p. 13, spéc. p. 21.
- Tallon (D.)**, « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », in *Conférence del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diritto*, 1994, p. 11 ; « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.
- Théry (Ph.)**, « L'exécution forcée », in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 235.
- Thibierge (L.)**, « Les effets du contrats », *AJ contrat* 2018, p. 266.
- Tisseyre (S.)**, « La bonne foi : un principe prophylactique », in *Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin*, LGDJ, 2020, p. 553.
- Tournafond (O.)**, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », *Droit et patr.* 2014, n° 240, p. 26.
- Tournafond (O.) et Tricoire (J.-Ph.)**, « Les contrats de construction face aux nouvelles orientations du droit des contrats », *RDI* 2016, p. 391.
- Tricoire (J.-Ph.)**, « Obligation de faire et indemnisation des dommages, vices cachés et défauts de conformité, après réception », *RDI* 2021, p. 632.
- Ulen (T. S.)**, « The Efficiency of Specific Performance : Toward a Unified System of Contract Remedies », (1984) 83 *Mich. L. Rev.* 341.
- Viatte (J.)**, « Les moyens de droit relevés d'office et la contradiction », *Gaz. Pal.* 1980, n° 1, p. 21.
- Vidal-Naquet (A.)**, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », in M. Fatin-Rouge et A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions*, Bruylant, 2014, p. 15.
- Vigneau (V.)**, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.
- Viney (G.)**, « La responsabilité contractuelle en question », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920 ; « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 167 ; « La réparation en nature du dommage contractuel et le principe de proportionnalité », *RDC* 2007/2, p. 297 ; « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso, 2009, p. 547.
- Vingiano-Viricel (I.)**, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.* 2017, p. 19.
- Wéry (P.)**, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 205 ; « Le projet de réforme belge du droit des obligations et la jurisprudence : un bel exemple de fécondation mutuelle », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier-LexisNexis, 2021, p. 647.
- Wester (G.)**, « Le coût environnemental de l'exécution forcée en nature », *RLDC* 2022, avril, p. 25.
- Will (M.)**, « Article 46 », in M. Bianco et M. J. Bonnel (dir.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, p. 338.

Whittaker (S.), « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005/1, p. 49.

Yorio (E.), « In Defense of Money Damages for Breach of Contract », (1982) 82 *Colum. L. Rev.* 1365.

Zalewski-Sicard (V.), « L'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction », *BPIM* 2017, n° 1, p. 12.

Zerbe (R. O.), « Cost-Benefit Analysis in Legal Decision-Making », in F. Parisi (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, Oxford University Press, p. 355.

IV. Observations et notes de jurisprudence

Amrani-Mekki (S.), Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *JCP G* 2008, I, 138.

Amrani-Mekki (S.) et Fauvarque-Cosson (B.), Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2966.

Aynès (L.), Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *D.* 1995, p. 87 ; Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *RDC* 2007/4, p. 1107.

Bacache (M.), Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *D.* 2013, p. 619 ; Civ. 2^e, 5 juillet 2018, n° 17-19.738, *D.* 2019, p. 1196.

Barbier (H.), Com., 7 octobre 2014, n° 13-21.086, *RTD civ.* 2015, p. 381 ; Civ. 3^e, 16 juin 2015, n° 14-14.612, *RTD civ.* 2016, p. 107 ; Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *RTD civ.* 2016, p. 107 ; Civ. 1^{re}, 9 décembre 2015, n° 14-25.910, *RTD civ.* 2016, p. 356 ; Ch. Mixte, 24 février 2017, n° 15-20.411, *RTD civ.* 2017, p. 377 ; Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, *RTD civ.* 2017, p. 837 ; Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-26.906, *RTD civ.* 2018, p. 900 ; Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-15.897, *RTD civ.* 2018, p. 900 ; Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *RTD civ.* 2021, p. 630 ; Com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782, *RTD civ.* 2022, p. 124.

Béhar-Touchais (M.), Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *JCP G* 2016, 51.

Bernheim-Desvaux (S.), Civ. 1^{re}, 9 décembre 2015, n° 14-25.910, *CCC* 2016, comm. 53.

Bühr (Ph.), Civ. 3^e, 10 mars 1993, n° 91-12.031, *D.* 1993, p. 357.

Boffa (R.), Civ. 3^e, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, *D.* 2020, p. 1092 ; Civ. 3^e, 8 juillet 2021, n° 20-10.803, *D.* 2022, p. 310.

Bossu (B.), Soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210, *JCP S* 2006, p. 1727.

Bouloc (B.), Com., 5 octobre 1993, n° 90-21.146, *RTD civ.* 1994, p. 343 ; Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, n° 03-14.275, *RTD com.* 2007, p. 220.

Bretzner (J.-D.) et Aynès (A.), Civ. 1^{re}, 25 février 2016, n° 15-12.403, *D.* 2016, p. 2535 ; Civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, n° 15-24.015, *D.* 2018, p. 259.

Casu (G.), Civ. 3^e, 10 novembre 2021, n° 20-19.323, *RDI* 2022, p. 95.

Chantepie (G.), Com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782, *JCP E* 2022, 1125.

Chénéde (F.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 179 et *AJ fam.* 2013, p. 663.

Collart Dutilleul (F.) et Derruppé (J.), Civ. 3^e, 3 avril 1996, n° 94-14.485, *RDI* 1996, p. 427.

Combaldieu (R.), Ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, p. 201.

Cornu (G.), CA Douai, 16 mars 1977, *RTD civ.* 1977, p. 785.

Crocq (P.), Com., 20 septembre 2005, n° 03-19.732, *D.* 2006, p. 2855 ; Com., 28 février 2018, n° 16-24.841, *RTD civ.* 2018, p. 1891.

de la Vaissière (F.), Civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, n° 07-11.282, *AJDI* 2009, p. 218.

Demogue (R.), Trib. Seine, 5 mai 1913, *RTD civ.* 1913, p. 859.

Deshayes (O.), Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *D.* 2008, p. 1102 ; Civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, n° 12-19.887, *RDC* 2014/1, p. 27 ; Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, *RDC* 2016/4, p. 654.

Dissaux (N.), Civ. 3^e, 12 juillet 2018, n° 17-19.701, *AJ contrat* 2018, p. 422.

Dourneaux (F.), Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *RDC* 2021/4, p. 12.

Dross (W.), Civ. 3^e, 17 décembre 2015, n° 14-22.095, *RTD civ.* 2016, p. 398.

Dubois (C.), Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *D.* 2015, p. 2423.

Durand-Pasquier (G.), Civ. 3^e, 26 juin 2013, n° 12-18.121, *Constr.-Urban.* 2014, al. 28.

Durry (G.), Civ. 3^e, 19 février 1970, n° 68-13.866, *RTD civ.* 1970, p. 785 ; CA Pau, 15 février 1973, *RTD civ.* 1974, p. 152.

Fages (B.), Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *RTD civ.* 2007, p. 773 ; Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, n° 07-17.646, *RTD civ.* 2009, p. 118 ; Civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19.923, *RTD civ.* 2010, p. 105 ; Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *RTD civ.* 2011, p. 121.

Fauvarque-Cosson (B.), Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *D.* 2007, p. 2973.

Fricero (N.), Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-18.710, *D.* 2013, p. 269.

Fulchiron (H.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 153 ; Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14.20.790, *D.* 2015, p. 2365.

Garcia (F.) et Vennetier (A.), Civ. 3^e, 26 juin 2013, n° 12-18.121, *RDI* 2013, p. 474.

Gautier (P.-Y.), Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2844 ; Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *RTD civ.* 2008, p. 317 ; Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *RTD civ.* 2016, p. 140.

Genicon (Th.), Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2484 ; Civ. 3^e, 27 mars 2012, n° 11-11.798 et Com., 7 février 2012, n° 10-20.937, *RDC* 2012/3, p. 773 ; Civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, n° 12-19.887, *RDC* 2014/2, p. 171 ; *RDC* 2015/4, p. 839 ; Civ. 3^e, 13 juillet 2022, n° 21-16.408 et n° 21-16.407, *D.* 2022, p. 1647.

Gout (O.), Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *D.* 2007, p. 1119.

Grimaldi (C.), Civ. 1^{re}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, *D.* 2021, p. 89.

Grosser (P.), Com., 3 février 2009, n° 08-15.307, *JCP G* 2009, I, 138 ; Civ. 3^e, 22 mai 2013, n° 12-16.217, *JCP G* 2013, 974 ; Civ. 3^e, 21 janvier 2016, n° 15-10.566, *JCP G* 2016, 345 ; Civ. 3^e, 4 mars 2021, n° 19-24.176, *JCP G* 2021, 787.

Hauser (J.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *RTD civ.* 2014, p. 88 ; Civ. 1^{re}, 25 février 2016, n° 15-12.403, *RTD civ.* 2016, p. 320.

Houssier (J.), Civ. 1^{re}, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, *AJ Fam.* 2016, p. 71 ; Civ. 1^{re}, 2 décembre 2020, n° 19-20.279, *AJ Fam.* 2021, p. 55.

Houtcieff (D.), Ch. Mixte, 24 février 2017, n° 15-20.411, *AJ Contrat* 2017, p. 175.

Jamin (C.), Civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, n° 92-20.654, *D.* 1995, p. 389.

Jourdain (P.), Civ. 2^e, 24 janvier 2002, n° 99-16.576, *RTD civ.* 2002, p. 306 ; Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *RTD civ.* 2013, p. 380 ; Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-15.897, *RTD civ.* 2018, p. 923.

Laithier (Y.-M.), Civ. 3^e, 26 juin 2013, n° 12-18.121, *RDC* 2013/3, p. 1315 ; Civ. 3^e, 22 mai 2013, n° 12-16.217, *RDC* 2014/1, p. 22.

Laithier (Y.-M.) et Mazeaud (D.), Civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19.923, *RDC* 2010/2, p. 561.

Lamarche (M.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *JCP G* 2014, p. 93.

Latina (M.), Com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782, *RDC* 2022/2, p. 10.

Lardeux (G.), Civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, n° 15-24.015, *JCP G* 2016, 1136.

Leduc (F.), Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *RCA* 2013, comm. 108.

Legeais (D.), Com., 28 février 2018, n° 16-24.841, *JCP E* 2018, 1197.

Lemouland (J.-J.) et Vigneau (D.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 1342.

Leveneur (L.), Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, n° 94-15.614, *CCC* 1996, comm. n° 166 ; Ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112, *CCC* 2005, comm. 50 ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *CCC* 2005, comm. 187 ; Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *CCC* 2007, comm. 144 ; Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *CCC* 2007, comm. n° 294 ; Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *CCC* 2008, comm. 92 ; Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, *CCC* 2016, comm. 184 ; Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *CCC* 2021, comm. 76 ; Com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782, *CCC* 2022, comm. 40.

Libhaber (R.), Ch. mixte, 7 juillet 2017, n° 15-25.651, *JCP G* 2017, 1355.

Loiseau (G.), Ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112, *JCP G* 2005, II, 10066.

Mainguy (D.), Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *JCP E* 2011, 1136.

Maire (G.), Civ. 3^e, 22 novembre 2018, n° 17-12.537, *RLDC* avril 2019, p. 8.

Malaurie (Ph.), Com., 10 juillet 1972, *D.* 1972, p. 728.

Malinvaud (Ph.), Civ. 3^e, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *RDI* 2001, p. 525 ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RDI* 2005, p. 299 ; Civ. 3^e, 6 décembre 2005, n° 04-18.749, *RDI* 2006, p. 136 ; Civ. 3^e, 6 mai 2009, n° 08-14.505, *RDI* 2009, p. 426 ; Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-26.906, *RDI* 2018, p. 398 ; Civ. 3^e, 12 juillet 2018, n° 17-19.701, *RDI* 2018, p. 503.

Malinvaud (Ph.) et Boublil (B.), Civ. 3^e, 10 janvier 1990, n° 88-18.098, *RDI* 1990, p. 215.

Mallet-Bricout (B.), Civ. 3^e, 3 mars 2010, n° 08-19.108, *D.* 2010, p. 2183.

Marguénaud (J.-P.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *RTD civ.* 2014, p. 307.

Mayer (L.), Civ. 1^{re}, 19 février 2014, n° 12-23.519, *Gaz. Pal.* 25-27 mai 2014, p. 38 ; Civ. 2^e, 5 juillet 2018, n° 17-19.738, *Gaz. Pal.* 27 novembre 2018, p. 66.

Mazeaud (D.), Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *JCP G* 1995, II, 22366 ; Civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, n° 95-19.199, *Defrénois* 1998, p. 741 ; Civ. 1^{re}, 16 février 1999, n° 96-21.997, *D.* 2000, p. 360 ; Civ. 2^e, 24 janvier 2002, n° 99-16.576, *D.* 2002, p. 2559 ; Ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112, *CCC* 2005, *RDC* 2005/3, p. 673 ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RDC* 2006/2, p. 323 ; Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *RDC* 2007/3, p. 719 ; Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *RDC* 2007/4, p. 1110 ; Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, n° 07-17.646, *RDC* 2009/1, p. 49 ; Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2481 ; Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10.12-875, *D.* 2011, p. 1457 ; Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, *D.* 2017, p. 2007.

Mekki (M.), Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *JCP G* 2007, I, 161 ; Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-15.897, *D.* 2019, p. 279 ; Civ. 3^e, 22 novembre 2018, n° 17-12.537, *D.* 2019, p. 279 ; Civ. 1^{re}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, *JCP G* 2020, 1409.

Mestre (J.), Civ. 3^e, 22 mars 1983, n° 81-13.508, *RTD civ.* 1985, p. 165 ; Civ. 3^e, 17 janvier 1984, n° 82-15.982, *RTD civ.* 1984, p. 711 ; Civ. 3^e, 8 avril 1987, n° 85-17.596, *RTD civ.* 1988, p. 120 ; Com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547, *RTD civ.* 1993, p. 124 ; Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *RTD civ.* 1994, p. 584, obs. J. Mestre ; Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n° 93-16.338, *RTD civ.* 1996, p. 592 ; Civ. 2^e, 4 juin 1997, n° 95-10.574, *RTD civ.* 1997, p. 921.

Mestre (J.) et Fages (B.), Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RTD civ.* 2005, p. 596 ; Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, *RTD civ.* 2007, p. 342.

Molfessis (N.), Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, *JCP G* 2017, 1238 ; Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *JCP G* 2021, 1226.

Molina (L.), Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *D.* 2021, p. 1574.

Pégliion-Zika (C.-M.), Civ. 1^{re}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, *Gaz. Pal.* 2 février 2021, p. 17.

Périnet-Marquet (H.), Civ. 3^e, 26 janvier 2011, n° 10-10.376, *JCP G* 2011, 323.

Perrot (R.), Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-18.710, *RTD civ.* 2012, p. 769.

Picod (Y.), Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *D.* 2011, p. 415, note Y. Picod.

Puech (M.), TGI Paris, 8 novembre 1973, *D.* 1975, p. 401.

Rouquet (Y.), Civ. 3^e, 21 mars 2012, n° 11-14.174, *D.* 2012, p. 946.

Saint-Pau (J.-C.), Civ. 1^{re}, 25 février 2016, n° 15-12.403, *D.* 2016, p. 884.

Savatier (R.), Civ. 27 juillet 1937, *DP* 1938, 2, 160.

Seube (J.-B.), Civ. 3^e, 26 janvier 2011, n° 10-10.376, *Dr et patr.* juin 2011, p. 88 ; Civ. 3^e, 15 décembre 2016, *RDC* 2017/1, p. 69.

Stoffel-Munck (Ph.), Civ. 1^{re}, 26 novembre 2006, n° 05-15.674, *JCP G* 2007, I, 115 ; Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2839 ; Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *JCP G* 2013, p. 1291 ; Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *RDC* 2016/2, p. 214.

Sizaire (C.), Civ. 3^e, 22 novembre 2018, n° 17-12.537, *Constr.-Urban.* 2019, 30 ; Civ. 3^e, 13 juillet 2022, n° 21-16.408 et n° 21-16.407, *Constr.-Urban.* 2022, comm. 110.

Thioye (M.), Civ. 1^{re}, 15 mai 2001, n° 98-20.507, *ADJI* 2001, p. 1014.

Thouret (S.), Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *AJ fam.* 2014, p. 124.

Tomasin (D.), Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *RDI* 2016, p. 26.

Tosi (Ph.), Ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112, *D.* 2005, p. 1864.

Tournafond (O.), Civ. 3^e, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994, p. 230 ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RDI* 2006, p. 307.

Trébulle (F.-G.), Civ. 3^e, 9 mai 2007, n° 06-12.474, *RDI* 2007, p. 336.

Viney (G.), Civ. 2^e, 24 janvier 2002, n° 99-16.576, *JCP G* 2003, I, 152.

Weiller (L.), Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *JCP G* 2008, II, 10004.

V. Encyclopédies et dictionnaires

Ancel (P.), v° « Imprévision », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2017.

Association Capitant et G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

Boffa (R.), v° « Faute qualifiée », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, 2018.

Boucard (H.), v° « Responsabilité contractuelle », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2018,

Bould-Rey (C.), v° « Standard », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.

Cadiet (L.) et Le Tourneau (Ph.), v° « Abus de droit », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2015.

Cayrol (N.), v° « Référé civil », in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2011.

Chantepie (G.), v° « Lésion », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, 2018.

Delebecque (Ph.), « Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale. », in *JurisClasseur Civil Code – art. 1231 à 1231-7*, LexisNexis, 2018.

Deshayes (O.), v° « Exception d'inexécution », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016.

Forti (V.), v° « Exécution forcée », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016.

Gaudemet (S.), « Fasc. 10, 20 et 30 : Application de la loi dans le temps », in *JurisClasseur Civil Code – art. 2*, LexisNexis, 2018 et 2019.

Genicon (Th.), v^{is} « Caducité » et « Imprévision », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, 2018.

Goldie-Genicon (C.), v° « *Specialia generalibus derogant* », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, 2018.

Halpérin (J.-L.), v° « Exégèse (Ecole) », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.

Laher (R.), v° « Injonction de faire », in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2020.

Laithier (Y.-M.), v^{is} « *Common law* » ; « Exécutions forcées par équivalent et en nature », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, 2018.

Lardeux (G.), v° « Preuve », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2018.

Le Tourneau (Ph.) et Poumarède (M.), v° « Bonne foi », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2017.

Leveneur (L.), « Fasc. 1060 : Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs – Garantie légale de conformité – Garantie commerciale », in *JurisClasseur Concurrence Consommation*, LexisNexis, 2020.

Pères (C.), v° « Règles supplétives », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Lextenso, 2018.

Pimont (S.), v° « Clause pénale », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2010.

Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Litec, 1999.

Schiller (S.), v° « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », in *Rép. dr. sociétés*, Dalloz, 2020.

Simler (Ph.), « Contrat. – Inexécution du contrat. – Exécution forcée en nature. », in *JurisClasseur Civil Code* – art. 1221 et 1222, LexisNexis, 2017.

Théry (Ph.), v° « Exécution », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.

Vuitton (X.), « Fasc 1300-15 : Référé spéciaux – Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur. – Référé-provision. – Référé-injonction de faire. – Référé secret des affaires. – Référé fausse information. », in *JurisClasseur Procédure civile*, LexisNexis, 2019.

Xynopoulos (G.), v° « Proportionnalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1251.

TABLE DES MATIERES

<i>Introduction générale</i>	1
<i>Partie I L'identification de l'exception</i>	33
Titre I Un outil : le contrôle de la disproportion manifeste	35
Chapitre 1 : L'identification du contrôle	37
Section 1 : Une comparaison de termes relativement commensurables	38
§1 La distinction entre les contrôles quantitatif et qualitatif.....	38
A) Le contrôle quantitatif : la comparaison de termes commensurables	39
1) La présentation du contrôle quantitatif	39
2) L'illustration du contrôle quantitatif : le contrôle judiciaire de la clause pénale	42
B) Le contrôle qualitatif : l'articulation de termes incommensurables	45
1) La présentation du contrôle qualitatif	45
2) L'illustration du contrôle qualitatif : le contrôle concret de proportionnalité visant à sauvegarder les libertés et droits fondamentaux	47
§2 Le contrôle de l'article 1221 du Code civil : un contrôle quantitatif	53
A) L'intérêt du créancier et le coût pour le débiteur : apparence d'incommensurabilité	53
1) L'échelle de comparaison à retenir : l'échelle monétaire	54
2) La difficulté à rapporter l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée sur l'échelle monétaire	57
B) L'intérêt du créancier et le coût pour le débiteur : possibilité de commensurabilité	59
1) L'instauration d'une commensurabilité des termes du rapport de proportionnalité : l'effort de valorisation monétaire.....	59
2) L'appréciation critique de l'effort de valorisation monétaire	62
Section 2 : Une marge de manœuvre judiciaire relativement déterminée	70
§1 L'exclusion des approches extrêmes de l'appréciation judiciaire	70
A) L'absence d'encadrement du juge	71
1) La présentation de la liberté judiciaire.....	71
2) L'illustration de la liberté judiciaire : la proportionnalité de la résolution et de l'exception d'inexécution	72
B) L'absence de marge de manœuvre judiciaire.....	77
1) La présentation de la négation de la liberté judiciaire	77
2) L'illustration de la négation de la liberté judiciaire : la rescision pour lésion de la vente immobilière.....	78

§2 L'approche modérée de l'appréciation judiciaire dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée	79
A) La retenue suggérée par le texte du contrôle	80
1) L'absence de contrainte directe sur le juge	80
2) La contrainte indirecte sur le juge	80
B) La retenue suggérée par le contexte du contrôle	83
1) L'exposé du contexte	84
2) L'influence du contexte.....	86
Chapitre 2 : La pertinence du contrôle.....	91
Section 1 : La possibilité du contrôle.....	91
§1 Les enseignements historiques	92
A) Le droit romain et l'Ancien droit : l'absence d'un contrôle de l'exécution forcée expliquée par l'absence de primauté de la sanction	92
1) Le droit romain.....	93
2) L'Ancien droit.....	96
B) Le Code civil de 1804 et ses développements postérieurs : traces d'un contrôle de l'exécution forcée expliqué par la primauté de la sanction	100
1) La lettre du Code civil de 1804	101
2) La doctrine et la jurisprudence postérieures au Code civil de 1804	102
§2 Les enseignements comparatistes	108
A) Les systèmes n'admettant pas une primauté généralisée de l'exécution forcée : les systèmes de <i>Common law</i>	109
1) La primauté exceptionnelle de l'exécution forcée dans les systèmes de <i>Common law</i>	109
2) La remise en cause de l'exécution forcée en raison de la disproportion manifeste entre l'intérêt et le coût de la sanction	113
B) Les systèmes admettant une primauté généralisée de l'exécution forcée : les systèmes nationaux civilistes et internationaux	119
1) Les systèmes nationaux civilistes.....	119
2) Les systèmes internationaux.....	128
Section 2 : L'opportunité du contrôle	138
§1 L'atteinte abstraite à la force obligatoire.....	138
A) L'exposé de l'atteinte	139
1) Les manifestations doctrinales et prétoriennes de l'assimilation entre l'exécution forcée et la force obligatoire.....	139
2) Les critiques adressées au contrôle de l'article 1221 du Code civil	144
B) L'appréciation de l'atteinte	147
1) L'absence de relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée.....	147
2) La multiplication des atteintes tolérées à la force obligatoire	151
§2 L'atteinte concrète à la force obligatoire.....	156

A) L'exposé de l'atteinte	157
1) L'incitation à l'inexécution des engagements contractuels	157
2) L'appréhension des comportements illégitimement lucratifs	158
B) L'appréciation de l'atteinte	160
1) La minimisation de l'importance de la sanction juridique dans la décision du débiteur	160
2) La prise en compte de la faute lucrative dans le régime de l'exception à l'exécution forcée	164
Titre II Une finalité : éviter l'inefficacité économique de l'exécution forcée.....	171
Chapitre 1 : La démonstration de la finalité économique du contrôle	173
Section 1 : La recherche d'efficacité économique en tant que finalité du contrôle	173
§1 L'approche pratique : éviter le gaspillage des ressources économiques du débiteur	174
A) L'absolutisme de l'exécution forcée et l'absence relative de profit pour le créancier	174
1) Les illustrations du gaspillage engendré par l'absolutisme de l'exécution forcée	175
2) L'hypothèse du gaspillage des ressources du créancier engendré par le relativisme de l'exécution forcée	179
B) L'absolutisme de l'exécution forcée et l'absence relative de profit pour les personnes extérieures à la relation contractuelle litigieuse	181
1) L'absolutisme de l'exécution forcée et l'absence relative de profit pour les juges	182
2) L'absolutisme de l'exécution forcée et l'absence relative de profit pour les tiers au contrat	185
§2 L'approche théorique : préserver l'efficacité économique de la sanction	188
A) La notion d'efficacité économique du droit en général	189
1) La présentation de l'analyse économique du droit	189
2) La diversité des conceptions de la notion d'efficacité économique	191
B) La conception de l'efficacité économique du droit à l'œuvre dans le cadre du contrôle de l'exécution forcée	194
1) La conception à exclure : l'efficacité économique au sens du critère de Pareto	194
2) La conception à retenir : l'efficacité économique au sens du critère Kaldor-Hicks et ses dérivés	195
Section 2 : La recherche d'efficacité économique en tant que valeur justifiant l'atteinte à la force obligatoire	199
§1 La justification de l'atteinte à la force obligatoire par la recherche de l'efficacité économique en général	200
A) La recherche de l'efficacité économique du droit comme objectif du droit	200
1) L'efficacité économique : objectif du droit	200
2) L'efficacité économique : objectif du droit parmi d'autres	203
B) Les précédents d'atteintes à la force obligatoire au nom de la recherche d'efficacité économique	208

1) L'efficacité procédurale : l'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution.....	208
2) L'efficacité substantielle : la garantie de conformité du droit de la consommation ..	213
§2 La justification de l'atteinte à la force obligatoire par la recherche de l'efficacité économique en matière d'exécution forcée	219
A) La justification du contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée	219
1) La réalité des gains d'efficacité économique	220
2) L'atteinte modérée à la force obligatoire du contrat.....	222
B) L'absence de justification d'une remise en cause systématique de la primauté de l'exécution forcée.....	224
1) Les arguments en faveur de l'inefficacité de la primauté de l'exécution forcée	224
2) Les arguments en faveur de l'efficacité économique de la primauté de l'exécution forcée	227
Chapitre 2 : La réfutation de la finalité morale du contrôle.....	235
Section 1 : L'absence de contrariété de l'exécution forcée manifestement disproportionnée avec l'exigence de bonne foi.....	236
§1 Une finalité traditionnelle du contrôle du comportement des contractants	236
A) L'exigence de bonne foi : finalité incontournable du contrôle du comportement des contractants	236
1) La bonne foi et l'interprétation du contrat.....	237
2) La bonne foi et le contrôle du comportement des contractants	239
B) L'exigence de bonne foi : une finalité pertinente pendant toute la vie du contrat.....	241
1) La bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat	242
2) La bonne foi dans l'inexécution du contrat	244
§2 La bonne foi du créancier demandant l'exécution forcée manifestement disproportionnée	246
A) L'exécution forcée : un droit relevant de la substance du contrat ne pouvant être remis en cause au nom de l'exigence de bonne foi	246
1) La distinction entre les prérogatives contractuelles et la substance du contrat.....	247
2) Le rattachement de l'exécution forcée à la substance du contrat	250
B) L'exécution forcée manifestement disproportionnée : une demande nécessairement conforme à l'exigence de bonne foi	253
1) La contrariété à l'exigence de bonne foi de l'exécution forcée manifestement disproportionnée	253
2) La conformité à l'exigence de bonne foi de l'exécution forcée manifestement disproportionnée	255
Section 2 : L'absence de filiation avec la théorie de l'abus de droit.....	260
§1 L'idée du rapprochement entre l'exception et la théorie de l'abus de droit	260
A) Les manifestations du rapprochement.....	260
1) Les sources contemporaines à la réforme du droit des contrats	261
2) Les sources antérieures à la réforme du droit des contrats	262

B) Les raisons du rapprochement	264
1) L'exécution forcée : un droit relevant du domaine de la théorie de l'abus de droit....	265
2) Les conséquences de la disproportion manifeste de l'exécution forcée et de l'abus de droit : neutralisation de la mise en œuvre du droit.....	269
§2 La réalité de l'éloignement entre l'exception et la théorie de l'abus de droit.....	270
A) L'existence d'une différence de critère entre l'exception et l'abus de droit.....	271
1) La comparaison du critère de l'exception avec celui de l'abus par déloyauté caractérisé par l'intention de nuire	272
2) La comparaison du critère de l'exception avec celui de l'abus par déloyauté caractérisé par l'atteinte à l'exigence de bonne foi	275
3) La comparaison du critère de l'exception avec celui de l'abus de prérogative contractuelle.....	275
B) L'opportunité du maintien de la différence de critère entre l'exception et l'abus de droit	278
1) L'exclusion du risque de dénaturation des outils de contrôle	278
2) La cohabitation des outils de contrôle	280

Partie II La mise en œuvre de l'exception289

Titre I L'approche statique de la caractérisation de la disproportion manifeste.....291

Chapitre 1 : Les termes du rapport de proportionnalité.....293

Section 1 : L'intérêt du créancier

§1 La nécessité d'une approche subjective.....294

A) La raison du subjectivisme : l'incontournable individualisme du concept d'intérêt en matière d'exécution forcée

1) Le subjectivisme et le maintien du droit d'option du créancier.....294

2) Le subjectivisme et les avantages susceptibles d'être invoqués par le créancier.....298

B) La limite au subjectivisme de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée : l'intégration du terme dans un contrôle juridique de la disproportion manifeste

1) La licéité de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée

2) La valorisation objective de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.....307

§2 La nécessité d'une approche pragmatique

A) L'indice de l'intérêt intrinsèque pour l'exécution forcée

1) La portée de l'inexécution : absence d'incidence sur la mise en œuvre du contrôle ..310

2) La portée de l'inexécution : potentielle incidence sur l'issue du contrôle

B) Les indices de l'intérêt extrinsèque pour l'exécution forcée

1) La prise en compte de l'exposition à un mal et de l'occasion manquée

2) L'absence de prise en compte des autres sanctions de l'inexécution du contrat.....318

Section 2 : Le coût pour le débiteur de bonne foi.....325

§1 L'approche négative

A) L'exclusion tenant à la lettre : le coût de l'exécution forcée pour les tiers	326
1) Le coût de l'exécution forcée pour les tiers : donnée pertinente dans l'absolu	326
2) Le coût de l'exécution forcée pour les tiers : donnée écartée par l'article 1221 du Code civil	328
B) Les exclusions tenant à l'esprit : la situation patrimoniale du débiteur et les coûts d'opportunité	333
1) La situation patrimoniale du débiteur.....	333
2) Les coûts d'opportunité.....	336
§2 L'approche positive.....	338
A) Le coût objectif supporté par le débiteur pour corriger l'inexécution	339
1) Le constat de l'assimilation entre coût de l'exécution forcée pour le débiteur et coût des mesures permettant de corriger l'inexécution.....	339
2) L'opportunité de l'assimilation entre coût de l'exécution forcée pour le débiteur et coût des mesures permettant de corriger l'inexécution	340
B) La corrélation entre contestation de l'exécution forcée et anticipation du coût de correction de l'inexécution.....	341
1) L'absence d'anticipation du nombre d'étapes nécessaires à la bonne exécution de l'obligation	341
2) L'absence d'anticipation de l'augmentation du coût d'un élément nécessaire à la bonne exécution de l'obligation	343
Chapitre 2 : Le rapport de proportionnalité en lui-même	345
Section 1 : L'aspect substantiel du rapport : le seuil de la disproportion manifeste	345
§1 Le rejet des facteurs participant d'une approche morale de l'exception	346
A) Les facteurs mobilisés pour les contrôles présentant une dimension morale	346
1) L'objectif des facteurs : la détermination de la confiance légitime entre les parties ..	347
2) La diversité des facteurs pour mesurer la confiance légitime entre les parties.....	348
B) Le rejet des facteurs d'ordre moral pour déterminer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.....	350
1) La tentation de fixer le seuil de la disproportion manifeste de l'exécution forcée en fonction de la confiance légitime entre les parties.....	350
2) La protection de l'identité de l'exception à l'exécution forcée	351
§2 L'admissibilité des facteurs compatibles avec l'esprit de l'exception	352
A) La présentation du critère tiré de l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.....	353
B) La justification du critère tiré de l'importance de l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée.....	354
Section 2 : L'aspect procédural du rapport : la démonstration de la disproportion manifeste	355
§1 Les parties au contrat	356
A) La charge de la preuve de la disproportion manifeste	356

1) Le caractère déterminant de la charge de la preuve de la disproportion manifeste	356
2) Le débiteur comme titulaire de la charge de la preuve de la disproportion manifeste	358
B) L'administration de la preuve de la disproportion manifeste.....	361
1) La liberté de la preuve de la disproportion manifeste	361
2) La cristallisation de la démarche probatoire autour de mesures d'instruction exécutées par un technicien	365
§2 Le juge.....	371
A) L'identification du juge en charge de la caractérisation de la disproportion manifeste..	371
1) Le juge du provisoire ou le juge du fond	371
2) Le juge du fond ou le juge du droit	380
B) Le pouvoir des juges du fond de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée	388
1) Le débat relatif au devoir de relever d'office un moyen de droit	388
2) La faculté de relever d'office la disproportion manifeste de l'exécution forcée	391

Titre II : L'approche dynamique de la caractérisation de la disproportion manifeste ...399

Chapitre 1 : La perturbation du contrôle	401
Section 1 : Par la loi	401
§1 Le droit commun des contrats	401
A) La disproportion manifeste de l'exécution forcée et la validité des contrats lésionnaires <i>ab initio</i>	403
1) La probabilité du conflit	403
2) La résolution du conflit	407
B) La disproportion manifeste de l'exécution forcée et la révision pour imprévision	409
1) La probabilité du conflit	409
2) La résolution du conflit	415
§2 Le droit spécial	417
A) L'inefficacité de la méthode légale d'articulation du contrôle de l'exécution forcée avec les règles particulières à certains contrats	417
1) La consécration dans le Code civil de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i>	418
2) Le caractère non-opérationnel de la consécration de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> dans le Code civil	420
B) L'approche empirique de l'articulation du contrôle de l'exécution forcée avec les règles particulières à certains contrats.....	424
1) L'articulation entre l'article 1221 du Code civil et l'obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente	425
2) L'articulation entre l'article 1221 du Code civil et la garantie de parfait achèvement en matière de construction	431
Section 2 : Par les parties	444

§1 La volonté des parties	444
A) La possibilité de stipuler une clause relative au contrôle de l'exécution forcée.....	444
1) Le caractère supplétif du contrôle de l'exécution forcée.....	445
2) L'encadrement des clauses par les outils de contrôle des clauses abusives	451
B) La typologie des clauses relatives au contrôle de l'exécution forcée	457
1) L'exclusion du contrôle de l'exécution forcée	457
2) L'aménagement du contrôle de l'exécution forcée	464
§2 Le comportement des parties	478
A) La pertinence du comportement du débiteur	478
1) L'exposé du paradoxe : la bonne foi malgré l'inexécution du contrat	479
2) Le dépassement du paradoxe : identification du débiteur de bonne foi au sens de l'article 1221 du Code civil	480
B) L'indifférence du comportement du créancier	492
1) L'indifférence de la faute du créancier quant à l'obtention de l'exécution forcée	492
2) L'indifférence de la faute du créancier quant à la caractérisation de la disproportion manifeste	496

Chapitre 2 : La protection du contrôle 501

Section 1 : Les sanctions menacées par la caractérisation de la disproportion manifeste

 502

§1 Le débiteur tenu d'effectuer la prestation promise : la prétendue réparation en nature du dommage contractuel	502
A) La réparation en nature : une sanction à l'existence débattue en matière contractuelle .	503
1) L'existence de la réparation en nature <i>de lege lata</i>	503
2) L'existence de la réparation en nature <i>de lege feranda</i>	507
B) La réparation en nature : une sanction menacée par la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée.....	509
1) L'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée	509
2) La portée incertaine de l'exclusion de la réparation en nature manifestement disproportionnée	512
§2 Le débiteur tenu de supporter le coût de la prestation promise : l'exécution forcée indirecte et les dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution	516
A) L'exécution forcée indirecte	517
1) L'exécution forcée indirecte : un risque pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée directe	517
2) L'exécution forcée indirecte : une sanction menacée par l'exception à l'exécution forcée directe	520
B) Les dommages-intérêts évalués à hauteur du coût de substitution	525
1) L'évaluation des dommages-intérêts à hauteur du coût de substitution : une menace pour l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée	525

2) L'exclusion de l'évaluation des dommages-intérêts mesurés à hauteur du coût de substitution : la préservation de l'efficacité du contrôle de l'exécution forcée.....	531
Section 2 : Les sanctions indifférentes à la caractérisation de la disproportion manifeste	534
§1 La raison de l'indifférence : la poursuite d'un objectif étranger à l'exécution forcée	535
A) L'anéantissement du contrat.....	535
1) La divergence entre les objectifs poursuivis par l'exécution forcée et la résolution ..	535
2) L'absence de prise en compte de la disproportion manifeste de l'exécution forcée dans le régime de la résolution.....	536
B) Le maintien du contrat imparfaitement exécuté.....	536
1) La réduction du prix	537
2) La réparation en argent du préjudice contractuel.....	538
§2 La portée de l'indifférence	540
A) Les sanctions invariablement disponibles	540
1) L'anéantissement du contrat : la clause résolutoire	540
2) Le maintien du contrat : la réduction du prix et les dommages-intérêts évalués autrement que sur la base du coût de substitution.....	541
B) Les sanctions accidentellement menacées	542
1) La résolution pour inexécution judiciaire et unilatérale.....	542
2) La clause pénale	543
<i>Conclusion générale</i>	551
<i>Index alphabétique</i>	557
<i>Bibliographie</i>	563
<i>Table des matières</i>	591

Résumé :

La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas seulement inscrit dans le Code civil le droit du créancier à l'exécution forcée en cas d'inexécution du contrat. L'article 1221 du Code civil prévoit également une nouvelle exception à la sanction *in specie* « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Même si le Rapport au Président de la République et la doctrine majoritaire présentent cette exception comme une simple déclinaison de la théorie de l'abus de droit, il est proposé de l'envisager de manière autonome.

Le travail d'identification de l'exception permet de révéler ses éléments essentiels : elle repose sur un outil particulier - le contrôle de la disproportion manifeste – pour servir une finalité identifiée – éviter l'inefficacité économique de l'exécution forcée – qui justifie l'atteinte à la force obligatoire du contrat. Ce faisant, l'exception se distingue d'autres contrôles reposant sur l'idée de proportionnalité, mais aussi d'autres contrôles poursuivant une logique moraliste, tels que la théorie de l'abus de droit.

La mise en œuvre de l'exception, qui répond à son originalité, gravite autour de la caractérisation de la disproportion manifeste de l'exécution forcée, laquelle doit être appréhendée de manière statique et dynamique. La démarche permet d'envisager tous les aspects pratiques du contrôle.

Mots-clés : Contrat – Exécution forcée – Sanction – Efficacité économique – Inexécution – Abus de droit – Bonne foi – Proportionnalité – Réforme du droit des contrats – Analyse économique du droit – Disproportion manifeste

Abstract:

The recent reform of French contract law has not only stated in the Civil Code that the creditor has a right to seek specific performance in the event of a breach of contract. Article 1221 of the Civil Code also provides for a new exception to this remedy “if there is a manifest disproportion between its cost to the debtor in good faith and its interest for the creditor”. While this new limitation is generally considered to be a mere variation of the theory of abuse of rights, it is submitted that it can be considered autonomously.

The first part of the thesis aims to identify the exception, i.e. to ascertain its core elements. As it appears, the exception is based on a particular tool – the test of manifest disproportion – designed for a specific purpose – to avoid the economic inefficiency of specific performance –, which justifies the infringement of the binding force of the contract. Thus, the exception differs from other rules based on the idea of proportionality, but also from other rules pursuing a moral purpose, such as the theory of abuse of rights.

The second part of the thesis focuses on the implementation of the new exception. The presentation of the various practical aspects of the exception proceeds from a static and dynamic approach of the essential task of the judge: the characterisation of the manifest disproportion.

Key words: Contract – Specific performance – Remedies – Economic efficiency – Good faith – Proportionality – Reform of Contract Law – Law and Economics – Manifest disproportion