



HAL
open science

LE NOUVEL ARTICLE 1221 DU CODE CIVIL ET LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Caroline Bouix

► **To cite this version:**

Caroline Bouix. LE NOUVEL ARTICLE 1221 DU CODE CIVIL ET LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2016, 2, pp.571. hal-04408420

HAL Id: hal-04408420

<https://hal.science/hal-04408420>

Submitted on 26 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Revue de la Recherche Juridique

Droit prospectif

Rédacteur en chef
Emmanuel Putman

2016-2
XLI - 162

droit public histoire du droit et des idées politiques **droit comparé**
philosophie du droit **droit civil** théorie générale droit des affaires
droits étrangers liberté et droits fondamentaux **droit international**
bioéthique **droit administratif** droit processuel droit maritime

LE NOUVEL ARTICLE 1221 DU CODE CIVIL ET LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Caroline BOUIX
Maitre de conférences

Abstract : *The new article 1221 of the Code Civil grants precedence (until then jurisprudentially) to the specific performance of the obligation and more generally to the binding force of contracts, and preserves its inevitable tempers. However, it adds a new exception to the mechanism: the specific performance cannot go on if there is an obvious disproportion between its cost for the debtor and its interest for the creditor. The introduction of the judge's assessment brings about the right to specific performance of the creditor and the right to temper the binding force of contracts.*

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publiée le 11 février 2016 et est entrée en vigueur, pour la plus grande partie de ses dispositions, le 1^{er} octobre 2016¹.

Cette réforme, de part l'attente qu'elle suscitait et l'importance de son champ d'intervention, avant même son avènement, avait déjà été imaginée et rêvée et les projets et avant-projets qui l'ont précédée, abondamment observés, détaillés, commentés, critiqués, ... Après tant de temps et de discussions, voilà la réforme publiée. Si un sentiment d'achèvement, d'accomplissement peut être ressenti, restent encore à observer l'interprétation qui sera faite du texte et ses applications concrètes. Le flot d'interrogations suscité par la réforme du droit des obligations n'est donc pas tari mais simplement déplacé².

Une des particularités de cette ordonnance est d'avoir consacré des dispositions liminaires, notamment, aux principes gouvernant le droit des contrats. Les articles 1102, 1103 et 1104 énoncent en effet les principes de

¹ Article 9 : « Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ».

² Quelques éléments de réponses sont néanmoins fournis par un rapport remis au président de la République (Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 févr. 2016, www.legifrance.gouv.fr.)

liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. Ce choix de mettre en exergue trois principes « fondamentaux »³ exprimerait ainsi l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté. Le rapport juge nécessaire de préciser que

« les règles générales ainsi posées, [...] bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes ».

Ces principes sont donc des guides pour les juges destinés à les aider dans l'interprétation des textes.

Cette recherche d'équilibre entre les grands principes va nécessairement avoir pour conséquence d'en limiter le caractère absolu, les exigences des uns tempéreront la force des autres. La lecture du texte confirme cette intuition. Un de ces principes semble, en effet, à la lumière de certaines dispositions de l'ordonnance, voir son intensité assez singulièrement tempérée, il s'agit de la force obligatoire du contrat. Cette règle générale était pourtant jusqu'ici volontiers brandie avec force et rigueur⁴, considérée comme représentative de la conception française du contrat et fondée tant sur des considérations morales qu'économiques. Certes le principe a été inscrit au sein des dispositions liminaires, plus précisément à l'article 1103, mais il faut préciser qu'il y a été ajouté entre l'avant-projet d'ordonnance de février 2015 et le texte actuel, ce qui ne peut aller sans interroger⁵ surtout lorsque cette omission de départ est mise en perspective avec certaines dispositions de la réforme.

³ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 févr. 2016, www.legifrance.gouv.fr.

⁴ Par exemple, à propos de la révision pour imprévision : Selon le célèbre arrêt dit « Canal de Craponne » du 6 mars 1876 (Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, *GAJC*, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 165, *DP*. 1876. 1. 193, note Giboulot ; S. 1876. 1. 161), cette règle est « générale et absolue » et « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »

⁵ « Cependant, en ne formalisant que deux principes, très généraux, le projet d'ordonnance s'arrête au milieu du gué et ne va pas au bout du raisonnement. Si ces principes doivent donner le ton, être l'empreinte indélébile de la couleur contractuelle, ils doivent être suffisamment nombreux pour incarner tout l'esprit du contrat. On peut ainsi regretter que les principes ne soient pas à la hauteur des fonctions que l'on voudrait leur attribuer. Aussi aurait-il été opportun, si l'on veut suivre cette cohérence fonctionnelle des principes, d'y introduire le principe de force obligatoire

La manière dont la question de l'exécution forcée des obligations est traitée par l'ordonnance est un exemple des restrictions apportées au principe de la force obligatoire du contrat et en est même un exemple significatif puisque ce dispositif est généralement considéré comme le prolongement naturel et l'expression même du principe de la force obligatoire du contrat⁶. L'atteinte aurait presque pu passer inaperçue puisque, en consacrant assez largement le droit positif en la matière, l'ordonnance paraît asseoir le principe au sein du Code civil. Cependant, celle-ci peut, en ajoutant une simple exception, atténuer la force du principe, et par là même modifier l'esprit du droit positif.

Nous verrons ainsi, d'une part, l'affirmation du principe de la force obligatoire du contrat par le maintien du droit positif (I) et l'atteinte qui lui est portée par l'introduction d'une nouvelle exception (II).

I. L'affirmation de la force obligatoire du contrat par le maintien du principe de l'exécution forcée

L'ordonnance, à travers le nouvel article 1217⁷, fait de la poursuite de l'exécution forcée en nature de l'obligation l'une des voies qui s'offrent à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté. Elle consacre en cela la jurisprudence actuelle favorable au principe de la force obligatoire du contrat. L'article 1221 pose plus précisément le principe selon lequel le créancier d'une obligation peut en poursuivre l'exécution en nature (A) sous réserve, bien sûr, que celle-ci soit possible (B).

A. La consécration du principe de l'exécution forcée

L'article 1221 pose le principe selon lequel le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature. Ce texte rompt avec la lettre de l'ancien article 1142 du code civil, mais est conforme à la jurisprudence.

La question de l'exécution forcée des obligations en droit français est étroitement liée à celle des procédures civiles d'exécution. C'est une chose de condamner à l'exécution le débiteur d'une obligation, c'en est une autre de pouvoir espérer l'exécution de cette condamnation ! La question de la mise en œuvre de l'exécution forcée influe ainsi sur les règles la gouvernant.

fondant l'exécution forcée en nature » (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. 816)

⁶ *Contra* : Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004

⁷ « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; - solliciter une réduction du prix ; - provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

La jurisprudence reconnaît, d'une part, un véritable droit à l'exécution forcée des obligations de sommes d'argent. D'un point de vue pratique, elle est, en effet, facile à mettre en œuvre, par le biais de la procédure de saisie et n'implique aucune contrainte physique du débiteur pour le forcer à exécuter son obligation. Lorsque des dommages et intérêts auraient pu être considérés comme suffisants, la Cour de cassation préfère l'exécution forcée de l'obligation. Ce fut le cas par exemple dans un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 9 juillet 2003⁸. Dans cette affaire, le cessionnaire d'un cabinet dentaire ne s'étant pas acquitté du prix convenu, le vendeur en réclamait l'exécution forcée. La cour d'appel accéda cependant à la demande du débiteur en accordant la résolution du contrat avec dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice lié au retard dans la réalisation de la cession. L'arrêt est cassé au visa des articles 1134, 1142 et 1184 du Code civil, le créancier d'une obligation de somme d'argent inexécutée peut toujours exiger le règlement du prix de préférence à la résolution du contrat.

Pour les obligations non monétaires, d'autre part, l'ancien article 1142 du Code civil est clair : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Ce texte semble exclure l'exécution forcée pour ces obligations. La solution était logique pour les rédacteurs du Code civil car la contrainte sur les biens n'a ici aucun sens : ce n'est pas en saisissant les biens du débiteur que l'acheteur obtiendra l'exécution de l'obligation. Quant à la contrainte sur la personne, elle est inefficace et porte atteinte à la liberté individuelle. D'autres procédés de coercition⁹, telle que l'astreinte, existant, la jurisprudence a pu faire évoluer le droit positif. Elle le pouvait d'autant plus que la lettre de l'article 1142 du Code civil paraissait contraire à la conception française de la force obligatoire. Le contrat y est, en effet, envisagé comme un échange de promesses et il est difficilement admissible que le débiteur contractuel puisse se désengager en payant une indemnité. Le droit français a ainsi évolué en s'appuyant plutôt sur les prescriptions de l'article 1184 selon lequel « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts » et sur l'article 1134 du Code civil. La jurisprudence, favorable à une conception forte de la force obligatoire du contrat, reconnaît ainsi largement la possibilité de l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire¹⁰

⁸ Civ., 1^{re} 9 juillet 2003, n° 00-22202.

⁹ L'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution dispose sans réserve que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». Pour la jurisprudence par exemple : civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, *Bull. civ. I*, n° 19, au sujet d'une obligation de ne pas faire.

¹⁰ Com. 3 décembre 1985, n° 83-16475 ; civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13983.

sans même la subordonner à la gravité de l'inexécution¹¹ ou à la preuve d'un préjudice¹².

En inscrivant dans le Code civil la possibilité, en principe, pour le créancier, d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation, l'ordonnance est dans la continuité du droit positif et rend toute sa place à l'expression de la force obligatoire du contrat. Elle n'en oublie pas également les exceptions.

B. Le maintien des exceptions jurisprudentielles au principe de l'exécution forcée

L'ordonnance consacre le principe¹³ de l'exécution forcée des obligations et en retient également les exceptions déjà développées par la jurisprudence. En effet, selon le nouvel article 1221 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ». Le texte limite donc le principe à l'aide d'une notion large : l'impossibilité, notion qui doit être entendue comme englobant différents cas de figure. Le rapport précise en effet à l'appui de l'ordonnance que celle-ci

« retient les exceptions consacrées par la jurisprudence : l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité (matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur) ».

Selon ce texte complémentaire, nul ajout, il s'agit seulement de la consécration de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est possible de se demander s'il n'aurait pas fallu préciser cette exception, notamment la référence aux libertés individuelles du débiteur que le rapport a jugé bon de faire. L'article 1154 du projet Catala précisait ainsi par exemple, dans son troisième alinéa, que « en aucun cas, [l'exécution forcée en nature] ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur ». Cependant, ces exceptions étant guidées par la nécessité, le bon sens, la précision n'est sans doute pas indispensable.

¹¹ Civ. 3^e, 22 mai 2013, n°12-16217.

¹² Civ. 3^e, 6 mai 1980, n°78-16390.

¹³ *Contra* : « la victime de l'inexécution ne dispose pas, en principe, de la possibilité d'obtenir le maintien forcé, voire le rétablissement forcé du contrat » (D. Mainguy, « L'exécution forcée du "coût manifestement déraisonnable", à la reconnaissance d'un "droit d'option" », *Droit et Patrimoine*, 2014. 240).

Effectivement, la jurisprudence avait déjà exclu l'exécution forcée des obligations dans certaines hypothèses, l'impossibilité matérielle bien sûr¹⁴ mais également en cas d'obligation strictement personnelle¹⁵, c'est-à-dire dont l'accomplissement ne peut être que volontaire. L'exemple le plus illustrant est bien sûr celui de l'artiste qui s'est engagé à réaliser une œuvre d'art. S'il s'y refuse finalement, il ne saurait y être contraint, même de manière indirecte par le procédé de l'astreinte, ou être remplacé¹⁶.

Ces limites à l'exécution forcée étaient inévitables, commandées par la logique, elles confirment le principe. La force obligatoire est ainsi confortée en étant préservée d'applications excessivement rigoureuses qui lui porteraient atteinte.

Dans l'ensemble, l'ordonnance reprend donc le droit positif. Elle consacre pleinement la faveur, jusque là jurisprudentielle, à l'exécution forcée de l'obligation et à la force obligatoire et en retient les exceptions puisqu'elle exclue cette sanction lorsque cette dernière est impossible. Les similitudes s'arrêtent là cependant car le nouveau texte ajoute une exception au droit existant, tempérant l'intensité du principe de la force obligatoire.

II. L'atteinte à la force obligatoire du contrat par l'introduction d'une nouvelle exception au principe de l'exécution forcée

Le nouvel article 1221 du Code civil introduit une nouvelle exception au principe de l'exécution forcée (A). Le changement peut paraître minime, mais cette restriction a, en réalité, un retentissement plus large en modifiant l'esprit du mécanisme (B).

A. Une nouvelle exception à l'exécution forcée

L'article 1121 propose une nouvelle exception : 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 ». Il faut immédiatement remarquer que, dans l'avant-projet d'ordonnance de février 2015, l'exception concernait un « coût manifestement déraisonnable »¹⁷. L'exception initialement

¹⁴ Com., 12 novembre 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, n° 313 : « Mais attendu qu'ayanr relevé que l'exécution en nature n'était plus possible en raison de l'arrêt de la fabrication du véhicule vendu, c'est à bon droit que la cour d'appel condamne le vendeur à exécuter son obligation de délivrance en deniers en payant à son acheteur une indemnité équivalente à la valeur actuelle de la chose vendue »

¹⁵ A. Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP* 2008. 210.

¹⁶ L'arrêt de principe en la matière est bien sûr l'arrêt *Whistler* rendu par la chambre civile le 14 mars 1900.

¹⁷ La référence au caractère raisonnable du coût réapparaît dès l'article suivant : Art. 1222 : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter

prévue est maintenue mais précisée¹⁸. Demeure une exigence d'évidence par le biais de la « disproportion manifeste » ou du « coût manifestement déraisonnable » mais est ajoutée une précision : le juge pourra exclure l'exécution forcée en cas de disproportion entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier. Donc le coût déraisonnable ne sera pas apprécié en lui-même mais au regard de l'intérêt pour le créancier. Le rapport précise que la correction est « formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue »¹⁹. Malgré cette utile précision, des interrogations subsistent, la notion d'intérêt pour le créancier, notamment, est difficile à cerner²⁰, il reviendra à la jurisprudence de préciser cette directive.

Cette nouvelle exception vise sans doute 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. Elle introduit surtout, par le recourt à un standard, un pouvoir d'appréciation pour le juge²¹, pouvoir paraissant lui être jusque là refusé puisque l'exécution forcée de l'obligation, lorsqu'elle était possible, pouvait être considérée comme un droit pour le créancier dont il n'avait qu'à demander la mise en action. Cette absence de pouvoir d'appréciation est généralement illustrée par l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 11 mai 2005²². Dans cette affaire, à l'occasion de la construction d'une maison individuelle était apparue une différence de 0,33m par rapport aux stipulations contractuelles. Pour la cour d'appel, l'immeuble n'étant pas impropre à l'habitation, des dommages et intérêts suffisaient à résoudre le litige. Cette décision a été cassée et annulée par la Cour de cassation, aux vises des articles 1134 et 1184 du Code civil, sur le fondement de la force obligatoire du contrat donc et de la faculté pour le créancier d'opter pour l'exécution forcée lorsqu'elle est possible. Cette position pouvant être considérée comme extrême avait déjà été adoptée par la Haute juridiction dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile du 17 janvier 1984 concernant une piscine qui avait trois marches au lieu des quatre prévues²³. Elle avait été réitérée

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 ».

¹⁸ M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494.

¹⁹ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

²⁰ Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat » in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016 ; M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », préc.

²¹ L. Aynes, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? » in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016.

²² Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21136, *Bull. civ.* 2005, III, n° 103, *JCP G* 2005, II, 10152, note S. Bernheim-Desvaux.

²³ Civ. 3^e, 17 janvier 1984, n° 82-15982.

notamment en 2007²⁴ par la première Chambre civile et récemment dans une décision rendue par la troisième le 16 juin 2015²⁵. Ces solutions appliquaient de manière presque absolue le principe de la force obligatoire du contrat. Cependant, elles en marquaient également les excès, les risquent d'aboutir, à trop de rigueur, à des décisions peut-être peu conforme à la justice contractuelle.

Cette modification du droit positif par l'introduction d'une nouvelle exception au principe de l'exécution forcée en modifie l'esprit et rejaillit sur le principe de la force obligatoire du contrat.

B. Le changement d'esprit du mécanisme

En posant une nouvelle exception au principe de l'exécution forcée des obligations, l'ordonnance risque de modifier plus largement l'esprit du dispositif. Les autres exceptions tiennent à l'évidence, au bon sens, et existent car il ne peut en être autrement : bien sûr l'exécution forcée ne sera pas prononcée lorsqu'elle est impossible matériellement, juridiquement ou moralement. Le dispositif demeurerait un droit quasiment absolu pour le créancier. En l'excluant en cas de disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier, le nouvel article 1121 introduit une limitation très différente. Il implique une appréciation de la part du juge qui décidera de l'opportunité de la sanction. Le texte crée ainsi de l'incertitude là où l'application quasi mécanique du principe assurait l'automatisme de la sanction. Certes, il faut relativiser cette insécurité, elle ne sera pas absolue puisqu'en exigeant une disproportion « manifeste » une certaine évidence est attendue, mais elle demeure, là où précédemment il n'y en avait guère. L'introduction de l'appréciation du juge et donc d'une certaine incertitude n'est cependant pas nécessairement un mal. Reste à savoir seulement si elle est compensée par un bénéfice, le but du changement, étant, au moins implicitement, d'améliorer les règles existantes. Peut-être la contrepartie de l'insécurité engendrée par la nouvelle exception est-elle à rechercher dans la justice contractuelle tempérant la rigueur de la force obligatoire du contrat.

²⁴ Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *Bull. civ.* 2007, I, n° 19, O. Gout, « L'exécution en nature du contrat : fondements substantiels et contraintes processuelles », *D.* 2007.1119.

²⁵ Civ. 3^e. 16 juin 2015, n° 14-14.612, inédit : « qu'en statuant ainsi 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 le texte susvisé ».

L'exception peut en effet être analysée comme une déclinaison de l'abus de droit²⁶. Elle aurait un fondement moral, serait justifiée par un souci d'équité, de justice contractuelle, ce qui est cohérent avec les objectifs annoncés. Le texte serait ainsi destiné à éviter les solutions injustes, confiant au juge le soin d'apprécier l'opportunité de la sanction, de modérer la force obligatoire du contrat. Cependant, ce mécanisme de l'abus de droit étant d'application générale, si l'exception devait se limiter à cela était-il nécessaire de l'intégrer ?²⁷

Il peut également être considéré qu'il s'agit d'une concession à la conception économique du contrat voulant que les juristes raisonnent en termes d'efficacité économique. Le rapport précise que cette nouvelle exception est « inspirée des projets européens d'harmonisation du droit des contrats »²⁸. Or,

²⁶ « À la réflexion, ce sont peut-être plus les mots employés dans l'Ordonnance qui marquent les esprits que la règle qu'ils expriment. Pas plus, en effet, qu'aucun droit, fût-il absolu, qu'aucun pouvoir, qu'aucune prérogative, le droit à l'exécution en nature n'a vocation à échapper à la traditionnelle réserve d'abus qui canalise son exercice. Il n'est donc pas interdit de déceler dans cette innovation autre chose qu'une influence néfaste de l'impératif d'efficacité économique du droit sur notre tradition civiliste, mais bien plutôt l'application, oh combien traditionnelle, de la réserve d'abus, caractéristique du droit privé français ». (D. Mazeaud, « Observations conclusives », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016). *Contra* : « On se tromperait lourdement si l'on pensait qu'il s'agit de réserver simplement la possibilité d'une compassion très exceptionnelle du juge à l'endroit d'un débiteur malheureux. Car alors, on l'aurait formulée dans cet esprit, en termes choisis, dans le libellé du texte. On ferait la même erreur si l'on pensait que l'article 129 ne fait que réserver l'exception générale de l'abus de droit. Car, une nouvelle fois, on l'aurait formulée ainsi (et, in fine, c'est la rédaction finale vers laquelle on inclinerait personnellement, encore que cela aille sans dire puisque la théorie de l'abus de droit est d'application générale). [...] La référence exprime que fait le texte au "coût" de la mesure ne laisse planer aucun doute, qui oriente vers une analyse d'ordre économique et nullement humaniste. Du reste, il ne faut pas se voiler la face : chacun sait bien que la formule discutée ("coût manifestement déraisonnable") relève typiquement de la fameuse analyse économique du droit, approche qui entend façonner les mécanismes contractuels à la lumière dominante des impératifs du marché (pour permettre une efficacité optimale du système). » (T. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Droit et Patrimoine*, 2014, n° 240)

²⁷ La Cour de cassation exclue bien sûr déjà l'exécution forcée en cas d'abus. À titre d'exemple, le prêteur d'une chose abuse de son droit à obtenir la restitution en nature de celle-ci lorsque, en déclinant l'alternative financière proposée par le débiteur, il le somme d'effectuer de longs et dispendieux travaux afin d'extraire l'objet, pourtant devenu inutilisable, de l'ensemble auquel il avait été incorporé (Com. 8 décembre 1987, n° 86-15062, *Bull. civ.*, IV, n° 270)

²⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. Les Principes Unidroit relatifs aux contrats internationaux, par exemple, ont posé le principe d'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire, tout en formulant un certain nombre d'exceptions (art. 7.2.2) : « À défaut par 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 ; b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ; c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon ; d) l'exécution présente un caractère strictement personnel ; ou e) le

si cette exception relève d'un souci d'harmonisation elle rapproche en tout cas le système français de celui de *common law*. Le rapport concède volontiers « l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique : les rapports "*Doing business*" publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de *Common law* ». Les pays de *common law* raisonnent en effet davantage en termes d'échanges économiques et d'attente légitime du contractant que de promesses, c'est pourquoi l'exécution forcée ne peut y être ordonnée que si elle est économiquement raisonnable. En droit anglais²⁹ notamment, le créancier n'a pas, en principe, droit à l'exécution en nature mais seulement à des dommages et intérêts. Ce n'est qu'exceptionnellement comme remède d'*equity*, que le juge pourra accorder la *specific performance*, si l'allocation de dommages et intérêts n'est pas adaptée. Et même dans cette hypothèse, les tribunaux se réservent toujours la possibilité de refuser l'exécution forcée si elle semble trop injuste pour le débiteur défaillant. C'est ce que les juristes anglais appellent la *undue hardship*, la difficulté excessive, elle peut en particulier être invoquée si le coût de l'exécution forcée est sans commune mesure avec l'avantage que le créancier obtiendrait de l'exécution³⁰.

Ainsi, selon que l'exception est envisagée comme ayant un fondement moral ou économique, l'incertitude présagée précédemment n'est pas contrebalancée de la même manière et la force obligatoire plus ou moins atteinte. Si la justice contractuelle l'emporte, l'exception reste proche du dispositif existant, l'échange de promesse reste primordial et n'est limité que pour éviter une solution injuste dans une espèce donnée. Le principe n'est que modéré par les juges. En revanche, l'approche plus économique peut bouleverser le mécanisme³¹ en aboutissant à ce que le débiteur puisse se libérer de son obligation en payant une indemnité à chaque fois que le coût engendré sera considéré comme manifestement déraisonnable. L'exception pourrait être retenue plus largement qu'une simple dérogation strictement exigée par la justice du cas. Le contrat ressortirait nettement moins obligatoire. Aujourd'hui il n'est pas possible de

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 ».

²⁹ B. Fauvarque-Cosson, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC* 2006. 529.

³⁰ S. Rowan, « Le coût manifestement déraisonnable, nouvelle limite à l'exécution forcée en nature », *Revue de droit d'Assas*, 2010. 81.

³¹ « Il est vrai que, au moins dans un premier mouvement, cette exception tranche sensiblement avec l'esprit du modèle contractuel français dans lequel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix, en ce sens qu'elle n'est pas exclusivement de nature économique et qu'elle est porteuse d'autres valeurs, morale et sociale, telles qu'elle échappe à l'emprise de celui qui l'a émise » (D. Mazeaud, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014. 291) ; « Cette concession de la force obligatoire des conventions à l'économie est une réelle nouveauté dans notre droit, qui d'ordinaire ne s'en soucie guère » (J. Le Bourg et C. Quézel-Ambrunaz, « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations », in « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC* 2015, n° 3).

trancher la question, il faut attendre le positionnement des juges³² quant à la manière dont ils doivent apprécier la nouvelle exception.

Pour terminer, il peut être considéré que cette nouvelle disposition aboutit à tempérer la force obligatoire du contrat, son caractère absolu, en réduisant le droit à l'exécution forcée du créancier. Ce constat ne doit cependant pas être conçu de manière absolue, car ce que l'ordonnance enlève d'une main au principe de la force obligatoire du contrat elle le rend d'une autre au stade, notamment, des avants contrats. Il suffira de rappeler pour s'en convaincre que, désormais, la rétractation de son engagement par le promettant pendant le délai d'option n'empêche pas la formation du contrat promis.

³² « Outre le fait que, à supposer que tel soit le fondement de l'article 129, il conviendrait, pour que ce fondement devienne opérationnel, que les juges soient convaincus et pétris d'analyse économique du droit, ce qui est très loin d'être le cas. [...] Il n'est pas impossible que le fondement de la rédaction de l'article 129 du projet soit porté par des considérations d'analyse économique, il faudrait le demander à son rédacteur, mais ce sont surtout les motivations des juges qui importent. Or ils ne sont en général guère portés à satisfaire les canons du dogme de l'analyse économique » (D. Mainguy, « L'exécution forcée du "coût manifestement déraisonnable", à la reconnaissance d'un "droit d'option" », *Droit et Patrimoine*, 2014. 240).