



RAPPORT DE Mme CABARRUS, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDIAIRE

Arrêt n° 730 du 18 décembre 2024 (B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 24-14.750

**Décision attaquée : Chambre d'appel de la CA de St Denis de la
Réunion à Mamoudzou du 20 mars 2024**

M. [H] [X] [U]

C/

La Société Mahoraise des eaux

1 - Rappel des faits et de la procédure

Il résulte de l'arrêt attaqué ce qui suit.

La Société mahoraise des eaux (la SMAE) est le distributeur unique et exclusif d'eau potable à Mayotte.

Depuis le mois de juin 2023, le préfet de Mayotte a réglementé l'accès à l'eau par des arrêtés successifs organisant des suspensions temporaires de l'accès à l'eau du robinet (« tours d'eau »), en raison d'une sécheresse exceptionnelle.

Courant novembre 2023, M. et Mme [X] [U] ont assigné la SMAE devant le tribunal judiciaire de Mamoudzou aux fins d'obtenir notamment :

- l'injonction sous astreinte de rétablir la livraison d'eau potable, au robinet et sans coupure ;

- à défaut, l'injonction de mettre à disposition des fontaines d'eau à hauteur de 2,5 litres par jour et par personne constituant le foyer ;
- la réduction de 90 % du prix de l'abonnement jusqu'à rétablissement d'un approvisionnement continu ;
- la réparation de leur préjudice d'anxiété et de leur préjudice moral.

Par jugement du 8 décembre 2023, le tribunal de Mamoudzou a notamment :

- rejeté la demande visant à « enjoindre la SMAE d'avoir à livrer de l'eau potable au domicile des demandeurs, la livraison consistant en la mise à disposition de fontaines à eau garnies de leurs réserves ou de bouteilles, sous astreinte » ;
- rejeté la demande visant à « enjoindre la SMAE de rétablir au bénéfice des demandeurs, à leur domicile, la livraison, sans coupures ni interruptions, au robinet, d'eau potable sous astreinte » ;
- ordonné la réduction à hauteur de 70% du prix de l'abonnement et du montant de la consommation en eau, à compter de la première facture émise à l'adresse de M. [X] [U] après la mise en demeure du 10 novembre 2023, la réduction prenant fin au jour du rétablissement de l'approvisionnement continu, au robinet, en eau potable ;
- rejeté les demandes d'indemnisation formées au titre du préjudice d'anxiété ;
- condamné la SMAE à payer à M. [X] [U] la somme de 1 000 euros en réparation de son préjudice moral, avec intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement ;
- condamné la SMAE à payer à Mme [X] [U] la somme de 1 000 euros en réparation de son préjudice moral, avec intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement ;
- débouté les parties du surplus de leurs demandes.

Par un arrêt du 20 mars 2024 (n° RG 23/00107), la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a notamment :

- confirmé le jugement, sauf en ce qu'il a ordonné la réduction du prix de l'abonnement et de la consommation en eau ;
- statuant de nouveau, débouté M. [X] [U] de sa demande aux fins de réduction du prix de l'abonnement et de la consommation en eau jusqu'à rétablissement d'un approvisionnement continu.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi de M. et Mme [X] [U].

2 - Enoncé des moyens

Le pourvoi comporte quatre moyens.

Premier moyen :

M. et Mme [X] [U] font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande visant à « enjoindre à la SMAE de rétablir au bénéfice des demandeurs, à leur domicile, la livraison, sans coupures ni interruptions, au robinet, d'eau potable sous astreinte », alors :

« 1°/ que seul un événement échappant au contrôle du débiteur présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat, et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, est constitutif d'un cas de force majeure ; que la cour d'appel a constaté que le déficit pluviométrique ayant entraîné la

sécheresse à laquelle sont confrontés les habitants de Mayotte n'avait « jamais été atteint depuis l'année 1997 » (cf. arrêt p. 10, pt. 57) ; qu'il en résulte qu'en l'état d'un tel déficit déjà vérifié en 1997, l'ampleur de la sécheresse était parfaitement prévisible par la SMAE, professionnel délégataire du service public de l'eau et partie au Comité de suivi de la ressource en eau, dès lors qu'un tel niveau de sécheresse avait déjà été atteint ; qu'en affirmant néanmoins – pour retenir l'existence d'un cas de force majeure et débouter, en conséquence, les exposants de leur demande visant à enjoindre à la SMAE de rétablir la livraison d'eau potable – que par son ampleur, « cette sécheresse ne pouvait pas être raisonnablement prévue » (cf. arrêt p. 10, pt. 61), la cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article 1218 du code civil ;

2°/ que seul un événement échappant au contrôle du débiteur présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat, et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, est constitutif d'un cas de force majeure ; que pour retenir l'existence d'un cas de force majeure et débouter, en conséquence, les exposants de leur demande visant à enjoindre la SMAE de rétablir la livraison d'eau potable, la cour d'appel a affirmé que la convention d'affermage conclue par la SMAE pour l'exécution du service public prévoit que le renforcement, l'extension et l'amélioration du réseau ressortent de la compétence du délégant (le syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte) et non pas de celle du délégataire (la SMAE) (cf. arrêt p. 10, pt. 63) ; qu'en statuant ainsi, par un motif impropre à caractériser l'irrésistibilité de l'évènement qualifié de force majeure, la cour d'appel a violé l'article 1218 du code civil ;

3°/ que seul un événement échappant au contrôle du débiteur présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat, et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'en se fondant – pour retenir l'existence d'un cas de force majeure et débouter, en conséquence, les exposants de leur demande visant à enjoindre à la SMAE de rétablir la livraison d'eau potable – sur l'existence de décisions préfectorales imposant des restrictions dans la distribution de l'eau (cf. arrêt p. 10, pt. 65 et jugement p. 9), cependant que lesdites décisions n'étaient elles-mêmes que la conséquence de la défaillance de la SMAE dans l'exploitation du service public de production et de distribution d'eau potable, ce qui était de nature à exclure l'extériorité de l'évènement qualifié de force majeure, la cour d'appel a violé l'article 1218 du code civil.

Deuxième moyen :

M. et Mme [X] [U] font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande visant à « enjoindre à la SMAE d'avoir à livrer de l'eau potable au domicile des demandeurs, la livraison consistant en la mise à disposition de fontaines à eau garnies de leurs réserves ou de bouteilles sous astreinte », alors « qu'aux termes de l'article 1.1.1 du règlement du service de l'eau « le distributeur d'eau est tenu de fournir une eau respectant constamment la qualité imposée par la réglementation en vigueur » ; que l'article 1.2 du même règlement prévoit qu'« en livrant l'eau chez vous, le distributeur d'eau vous garantit la continuité du service » ; que la cour d'appel a constaté qu'il s'agissait d'obligations de résultat (cf. arrêt p. 9, pt. 47 et 52) ; que pour débouter les exposants de leurs demande visant à enjoindre la SMAE d'avoir à livrer de l'eau potable à leur domicile dans des bouteilles ou de fontaines d'eau, la cour d'appel a affirmé que « la fourniture d'eau en bouteille ou en fontaine

ne figure pas au nombre des obligations que la SMAE s'est engagée à exécuter dans son règlement de service » (cf. arrêt p. 11, pt. 84) ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'aux termes du règlement de service, la SMAE était tenue de livrer à ses abonnés de l'eau potable de sorte que l'obligation dont l'exécution forcée en nature était poursuivie était bien prévue au contrat, quoique selon une modalité différente, la cour d'appel a violé les articles 1103 et 1221 du code civil. »

Troisième moyen :

M. et Mme [X] [U] font grief à l'arrêt de rejeter leur demande aux fins de réduction du prix de l'abonnement et de la consommation d'eau jusqu'au rétablissement d'un approvisionnement continu, alors « qu'en 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 ; qu'à défaut d'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier, ce dernier peut saisir le juge d'une demande en vue d'une réduction du prix ; qu'en retenant l'inverse – pour débouter les exposants de leurs demande de réduction du prix de l'abonnement et de la consommation d'eau pour l'avenir – au prétexte que cette possibilité ne serait ouverte au créancier qu'après paiement du prix (cf. arrêt p. 12, pt. 87), la cour d'appel a violé l'article 1223 du code civil par refus d'application de ce texte. »

Quatrième moyen :

M. et Mme [X] [U] font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande d'indemnisation au titre du préjudice d'anxiété, alors :

« 1°/ qu'après avoir relevé que « la SMAE n'est plus en capacité de garantir la qualité de l'eau qu'elle distribue et donc de satisfaire à l'obligation de résultat qu'elle a pourtant souscrite » (cf. arrêt p. 10, pt. 70), ce dont il résultait qu'il existait un risque de contamination de l'eau la rendant impropre à la consommation, la cour d'appel ne pouvait retenir – pour rejeter la demande d'indemnisation au titre du préjudice d'anxiété – qu'« il n'était pas établi que les demandeurs ont été exposés de manière certaine, du fait de la SMAE, à une substance toxique susceptible de générer un risque élevé de développer une pathologie grave » (cf. arrêt p. 12, pt.89), sans méconnaître les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles 1231-1 (vis-à-vis de l'abonné) et 1240 (vis-à-vis des occupants du foyer, tiers au contrat) du code civil ;

2°/ que le préjudice d'anxiété consiste en l'inquiétude éprouvée par la victime face à l'existence d'un risque ; que le risque consiste en un événement défavorable futur dont la réalisation est incertaine ; que pour rejeter la demande d'indemnisation au titre du préjudice d'anxiété lié au risque d'ingestion d'une eau contaminée et de développer une pathologie grave, la cour d'appel a affirmé qu'« il n'était pas établi que les demandeurs ont été exposé de manière certaine, du fait de la SMAE, à une substance toxique susceptible de générer un risque élevé de développer une pathologie grave » (cf. arrêt p. 12, pt.89) ; qu'en se fondant sur l'incertitude de la réalisation du risque d'intoxication, cependant que l'existence d'un risque suppose le caractère incertain de sa réalisation, la cour d'appel a statué par des motifs

impropres à justifier sa décision, en violation des articles 1231-1 (vis-à-vis de l'abonné) et 1240 (vis-à-vis des occupants du foyer, tiers au contrat) du code civil ;

3°/ que le préjudice d'anxiété – ouvrant droit à réparation – peut résulter de l'inexécution d'un contrat de prestation de service ou encore d'une faute délictuelle engageant la responsabilité de son auteur ; qu'en retenant le contraire, par des motifs éventuellement adoptés des premiers juges (cf. jugement p. 11, §2), pour débouter les exposants de leurs demande d'indemnisation à ce titre, la cour d'appel a violé les articles 1231-1 (vis-à-vis de l'abonné) et 1240 (vis-à-vis des occupants du foyer, tiers au contrat) du code civil. »

3 - Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Le premier moyen porte sur la caractérisation des conditions de la force majeure prévues par le nouvel article 1218 du code civil.

Le deuxième moyen invite à répondre à la question suivante : l'exécution forcée en nature porte-t-elle nécessairement sur la stricte obligation prévue par le contrat ou bien peut-elle porter sur une obligation contractuellement prévue mais selon des modalités différentes? Cette question renvoie à la distinction, contestée par une partie de la doctrine, entre l'exécution forcée en nature et la réparation en nature. Le troisième moyen pose une question inédite relative à la réduction du prix : lorsque le créancier n'a pas payé le prix, est-ce que la réduction unilatérale du prix lui est seule offerte, de sorte qu'il lui est interdit de saisir le juge d'une demande de réduction de prix sur le fondement de l'article 1223 du code civil? Dit autrement, la possibilité de saisir le juge d'une demande de réduction de prix est-elle subordonnée au paiement du prix par le créancier d'une prestation imparfaitement exécutée ?

Le quatrième moyen porte sur le préjudice d'anxiété.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Premier moyen : continuité du service et force majeure

Les critères de la force majeure

Aux termes de l'article 1218 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

Traditionnellement, la jurisprudence retenait trois critères cumulatifs pour caractériser la force majeure : l'événement devait être imprévisible, irrésistible et extérieur au débiteur.

La condition d'extériorité a été critiquée par certains auteurs et notamment par le professeur Antonmattei qui a consacré sa thèse la force majeure (Contribution à l'étude de la force majeure, préf. B. Teyssié, « BDPr », t. 220, LGDJ, 1992) et qui estimait que l'extériorité n'était pas inhérente à la force majeure : « À la vieille trilogie - extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité - qui relève désormais plus du mythe que d'une démarche scientifique, nous préférons donc la trilogie - inévitabilité, irrésistibilité, impossibilité - créée par l'événement. Cette définition unique correspond ainsi à la nature de la force majeure qui impose l'appréciation d'un comportement humain à trois époques différentes : avant, pendant et après la réalisation de l'événement. » ([Ouragan sur la force majeure](#) », JCP 1996. I. 3907, n°11).

Par deux arrêts d'assemblée plénière, l'un rendu en matière contractuelle (Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11.168, Bull. n° 5), l'autre en matière extracontractuelle (Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 04-18.902, Bull. n° 6), la Cour de cassation a abandonné, au moins formellement, le critère d'extériorité pour ne retenir que les deux autres conditions. Le communiqué de presse accompagnant ces arrêts mentionnait toutefois que ces arrêts ont « réaffirmé la conception classique de la force majeure », après avoir rappelé que « Les critères classiques de la force majeure sont au nombre de trois : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité » et des arrêts postérieurs, rendus sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance de 2016, ont explicitement repris la condition d'extériorité (voir notamment Ass. plén., 10 juillet 2020, pourvoi n° 18-18.542, 18-21.814).

La réforme du droit des contrats a entendu consacrer les arrêts du 14 avril 2006, comme l'indique le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 : « Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. L'imprévisibilité tout d'abord, doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat (contrairement à la matière extracontractuelle, où ce critère doit être apprécié au jour du fait dommageable) : en effet, si l'événement était prévisible au moment de la formation du contrat, le débiteur a entendu supporter le risque de ne pas pouvoir exécuter son obligation. L'événement doit également être irrésistible, tant dans sa survenance (inévitable) que dans ses effets (insurmontables). »

Si certains auteurs considèrent que le critère de l'extériorité a disparu au profit de « l'incontrôlable » (P. Oudot, Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop !, JCP 2016. 769) qui se rapproche de l'irrésistible (voir notamment les professeurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, Droit des obligations, 8e éd., 2016, LGDJ, n° 956), d'autres estiment que le fait que l'événement échappe au contrôle du débiteur correspond précisément à l'ancien critère d'extériorité (voir notamment les professeurs Deshayes, Genicon, Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, Lexisnexus, 2e éd., p. 537, ainsi que les professeurs Chantepie et Latina, Le nouveau droit des obligations, Dalloz, n°618 et 619 ; le professeur ChénéDé, Droit des obligations et des contrats, Dalloz référence, éd. 2023-2024, n°128.22).

Le contrôle de la force majeure par la Cour de cassation

Le degré de contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'appréciation de la force majeure n'est pas uniforme, certains arrêts la laissant même au pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.423, Bull. 2015, I, n° 185), d'autres étant ambigus sur l'existence d'un contrôle (2^e Civ., 3 mars 2016, pourvoi n° 15-12.217, Bull. 2016, II, n° 64).

Dans la plupart des décisions publiées, la Cour de cassation exerce une forme de contrôle sur l'existence d'un cas de force majeure : elle vérifie que les circonstances de fait, souverainement constatées par les juges du fond, sont réellement constitutives d'un cas de force majeure, c'est-à-dire que l'événement revêt les différentes caractéristiques de la force majeure.

Le degré de contrôle n'est pas identique selon les décisions :

- la Cour de cassation exerce rarement un contrôle lourd :

- 1^{re} Civ., 30 mai 2006, pourvoi n° 03-16.335, Bull. 2006, I, n° 279 , rendu à propos d'une distribution d'eau potable :

« Attendu que le SAET fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit qu'il ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité, alors que la pollution était liée à une agriculture intensive étrangère à son activité, dont il ne pouvait être tenu pour responsable, et présentait, pour la période considérée, un caractère insurmontable, en raison du coût et de l'ampleur considérables des travaux à réaliser pour en éviter les effets ; »

Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que le SAET était tenu, en vertu des dispositions du code de la santé publique, de s'assurer que l'eau qu'il offrait au public en vue de l'alimentation humaine était propre à la consommation et répondait aux exigences de qualité requises par les normes légales et réglementaires auxquelles il était soumis, d'autre part, qu'il avait reconnu avoir dû faire procéder à un certain nombre de travaux pour rendre l'eau potable, faisant ainsi ressortir que la mise en place de mesures adéquates permettait d'éviter la distribution d'une eau polluée, la cour d'appel en a exactement déduit que la pollution de l'eau aux nitrates et aux pesticides résultant d'une agriculture intensive ne constituait pas, pour cet établissement public, tenu d'une obligation de résultat, un événement imprévisible et irrésistible constitutif d'un cas de force majeure pouvant l'exonérer de sa responsabilité ; que par ce seul motif elle a légalement justifié sa décision ; »

- 3^e Civ., 17 février 2010, pourvoi n° 08-20.943, Bull. 2010, III, n° 47

- 1^{re} Civ., 23 juin 2011, pourvoi n° 10-15.811, Bull. 2011, I, n° 123

- d'autres arrêts, plus nombreux et plus récents, exercent un contrôle léger (la cour d'appel « a pu ») :

- Ch. mixte., 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12.307, Bull. n° 3

- 3^e Civ., 1 juin 2011, pourvoi n° 09-70.502, Bull. 2011, III, n° 89

- 3^e Civ., 10 décembre 2014, pourvoi n° 12-26.361, Bull. 2014, III, n° 164

- 1^{re} Civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 15-12.773, Bull. 2016, I, n° 76

- 2^e Civ., 8 février 2018, pourvoi n° 17-10.516, Bull. 2018, II, n° 27

- Com., 5 juillet 2023, pourvoi n° 22-14.476, publié

Voir aussi dans le sens d'un contrôle, l'arrêt Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-17.726, Bull. 2012, V, n° 151 qui casse pour violation de la loi l'arrêt d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait l'absence d'imprévisibilité.

Voir enfin plusieurs arrêts de cassation qui contrôlent que la motivation suffit à caractériser ou exclure les conditions de la force majeure : Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-10.570, Bull. 2012, V, n° 116 ; 3^e Civ., 18 septembre 2013, pourvoi n° 12-17.440, Bull. 2013, III, n° 108 ; 3^e Civ., 22 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.246, Bull. 2014, III, n° 6 ; 1^{re} Civ., 17 février 2021, pourvoi n° 19-18.819, publié.

En l'espèce, pour retenir la force majeure et écarter la responsabilité de la SMAE du fait de son manquement à son obligation de garantir la continuité du service d'alimentation en eau, la cour d'appel s'est fondée sur les motifs suivants :

- la sécheresse était un événement imprévisible : les « tours d'eau » ont été mis en place depuis juin 2023 après une saison des pluies au déficit pluviométrique qualifié d'exceptionnel par les services de météorologie qui relèvent qu'un tel déficit n'a jamais été atteint depuis 1997. Cette sécheresse inédite n'a pas permis le remplissage des nappes phréatiques restées exceptionnellement basses ni de recharger les retenues collinaires. Par son ampleur, son impact sur la ressource disponible et les restrictions qu'elle a rendues indispensables, cette sécheresse ne pouvait être raisonnablement prévue (motifs critiqués par B1) ;

- la sécheresse était irrésistible :

- la convention d'affermage que la SMAE a conclue pour l'exécution du service public prévoit que le renforcement, l'extension et l'amélioration du réseau ressortent de la compétence du délégant et non pas celle du délégataire. Le moyen tiré de ce que les restrictions préfectorales seraient imputables à la SMAE qui n'a pas réalisé les investissements que le changement climatique et les évolutions démographiques rendaient nécessaires ne peut donc qu'être écarté (motifs critiqués par B2);

- la SMAE n'a pas non plus la faculté de résister aux décisions préfectorales imposant des restrictions dans la distribution de l'eau (motifs critiqués par B3).

Compte tenu de ces éléments, il appartiendra à la chambre d'apprécier le bien-fondé du moyen.

Sur le deuxième moyen (la qualité de l'eau et l'exécution forcée en nature)

L'absence de définition légale de l'exécution forcée en nature du contrat

L'article 1217 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, énumère les différentes sanctions de l'inexécution contractuelle :

« 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 ;
- obtenir 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. »

Les articles 1221 et 1222 du code civil, dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, sont consacrés à l'exécution forcée en nature du contrat :

- article 1221, dans sa rédaction issue de la loi de ratification du 20 avril 2018 : « Le 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. »

- article 1222 : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, 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. »

L'article 1221 a codifié la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait reconnu au créancier le droit de demander en justice l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée (y compris les obligations de faire ou de ne pas faire, malgré la lettre de l'ancien article 1142 qui semblait l'interdire). Il y ajoute une nouvelle exception aux côtés de l'exception traditionnelle de l'impossibilité d'exécution (impossibilité juridique, matérielle ou encore dans l'hypothèse où elle porterait atteinte à la liberté individuelle du débiteur) : lorsque l'exécution en nature aurait un coût pour le débiteur manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt qu'elle présenterait pour le créancier.

Ce nouveau texte n'a pas défini l'exécution en nature du contrat.

Le deuxième moyen pose la question de savoir si l'exécution forcée en nature porte nécessairement sur la stricte obligation prévue par le contrat ou si elle peut porter sur une obligation contractuellement prévue mais selon des modalités différentes.

Des conceptions doctrinales plus ou moins étroites de l'exécution en nature du contrat

Selon le professeur Cornu (Vocabulaire juridique, PUF Quadrige), l'exécution est l'« accomplissement, par le débiteur, de la prestation due ; fait de remplir son obligation (impliquant satisfaction donnée au créancier) ».

Le professeur Chantepie (Répertoire Dalloz, Contrat : effets, n°205) considère que « Les modalités de mise en œuvre de l'exécution forcée en nature par le débiteur sont prévues par l'article 1221 du code civil. Poursuivre l'exécution en nature signifie que le créancier de l'obligation inexécutée peut forcer le débiteur à lui fournir **exactement ce à quoi il s'était engagé.** »

Les professeurs Mazeaud, Boffa et Blanc (Dictionnaire du contrat, déc. 2018, Lextenso) définissent l'exécution forcée en nature comme « la sanction par laquelle le juge ordonne au débiteur de fournir **l'objet précis de l'obligation à laquelle il est tenu [...]** **Le fait que la condamnation porte sur l'objet exact de l'obligation permet de distinguer l'exécution forcée en nature de la réparation en nature [...]** Obliger le débiteur à réparer en nature, c'est l'obliger à fournir une prestation distincte de celle convenue, qui n'est pas une indemnité (sans quoi il s'agirait de dommages et intérêts) et qui tend à effacer ou atténuer le dommage subi. Par exemple, constitue une réparation en nature la condamnation d'un éditeur à envoyer aux abonnés d'une publication un rectificatif suite à la parution d'informations erronées dans l'ouvrage initialement imprimé. Traditionnellement, le pouvoir d'appréciation judiciaire constitue le principal intérêt de la distinction ; le juge est tenu d'ordonner l'exécution forcée en nature demandée sauf impossibilité ou disproportion manifeste, alors qu'il décide en opportunité du prononcé d'une mesure de réparation en nature. »

Le professeur Bénabent (Droit des obligations, Lextenso, sept. 2023, n°378) indique que « L'exécution du contrat **dans les termes mêmes convenus** constitue pour chaque partie un droit dont elle peut en principe toujours exiger l'application. »

Le professeur D. Mazeaud ([L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats, D. 2016. 2477](#)) souligne que « comme l'ont justement affirmé MM. Zenati-Castaing et Revet, **l'expression exécution « en nature » est pour le moins ambiguë, voire « trompeuse »**(3). **En clair, l'exécution est en nature ou, tout simplement, elle n'est pas ; elle est seulement susceptible d'être spontanée ou imposée.** Plus prosaïquement, comme l'avait observé naguère M. Laurent Aynès, dans une intervention orale au cours d'un colloque organisé par la Revue des contrats (4), **l'exécution par équivalent n'empporte jamais l'équivalent de l'exécution. Elle constitue simplement une compensation, sous forme monétaire, au profit du créancier qui n'a pu obtenir une exécution spontanée de son débiteur.**

[...]

7 - Comme il l'était déjà en vertu de la jurisprudence antérieure, le créancier est, par application des nouveaux articles 1221 et 1341, titulaire d'un **droit à l'exécution forcée, qui lui permet d'obtenir du juge qu'il impose au débiteur l'exécution de l'obligation telle qu'elle avait été contractuellement souscrite, quels que soient son objet ou la nature de la prestation promise.**

[...] **le principe étudié constitue le prolongement naturel du principe cardinal de la force obligatoire, aujourd'hui énoncé par l'article précité ; mieux, il en est l'expression, « l'effet le plus direct »**(12). Pourtant, il a été démontré que ce lien était pour le moins empreint d'un certain artifice. En effet, « dire que l'inexécution de l'obligation contractuelle est juridiquement sanctionnée, ce n'est pas dire qu'elle doit toujours, ni même par principe, être exécutée en nature par la force. (...) ce que l'(ex-)article 1134 du code "fonde", c'est seulement l'existence d'une sanction, la possibilité juridique d'exiger une réparation ou d'infliger une peine au débiteur défaillant »(13).

[...] **le principe étudié garantit la réalisation du contrat tel qu'il avait été conclu et conçu par les contractants. Seule l'exécution imposée au débiteur, qui n'a pas spontanément exécuté son obligation, est à même d'emporter la satisfaction recherchée par le créancier lors de la conclusion du contrat, de répondre à son attente légitime, à savoir l'exécution de la prestation promise par le débiteur, au contraire de l'exécution dite « par équivalent », laquelle n'est susceptible d'apporter au créancier qu'une satisfaction assez théorique et illusoire quand elle prend la forme de dommages-intérêts**(15). Au fond, comme l'écrivait Jean Carbonnier, l'exécution forcée « donne à la créance son utilité finale »(16), ce que l'octroi de dommages-intérêts, ou si l'on préfère l'exécution par équivalent, ne peut pas emporter au profit du créancier. »

La professeure Viney ([Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français](#), in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit, pp. 165) a synthétisé de la façon suivante les trois conceptions possibles de l'exécution en nature :

«- La plus étroite réduit cette notion à l'accomplissement par le débiteur lui-même de la prestation prévue au contrat. Si on adopte cette définition, toutes les mesures qui ont été examinées au titre des succédanés de l'exécution, y compris l'exécution par un tiers aux dépens du débiteur, échappent alors au statut de l'exécution et doivent donc être considérées et traitées comme relevant de la réparation en nature. Cela conduit donc à donner une grande importance à cette forme de réparation.

- Une autre conception, un peu plus large, de l'exécution consisterait à admettre que celle-ci est réalisée dès lors que la prestation prévue au contrat est fournie, mais sans distinguer selon qu'elle l'est par le débiteur lui-même ou par un tiers. Cette interprétation permettrait d'englober dans l'exécution le « remplacement » fondé sur les articles 1143 et 1144 c. Civ. Mais non les autres mesures qui consistent à donner satisfaction au créancier par un moyen autre que celui qui avait été prévu au contrat.

- Enfin, la conception la plus large de l'exécution y inclut toutes les mesures qui donnent pleine satisfaction au créancier, c'est-à-dire toutes celles qui ont pour effet de lui assurer les avantages qu'il aurait retirés de l'exécution, même si la prestation exigée du débiteur pour aboutir à ce résultat diffère de celle à laquelle celui-ci s'était engagé. »

On observera que la première conception est condamnée par la consécration, au nouvel article 1222 du code civil précité, de la faculté de remplacement au sein d'une sous-section intitulée « l'exécution forcée en nature ».

La troisième conception paraît correspondre à celle soutenue par le deuxième moyen.

La deuxième conception paraît être celle qui a été retenue par l'ordonnance du 10 février 2016, non modifiée sur ce point par la loi de ratification du 20 avril 2018. En effet, dans l'attente de la réforme du droit de la responsabilité civile, la réforme du droit des contrats n'a modifié que de façon très marginale les textes relatifs à la responsabilité contractuelle : l'ordonnance du 10 février 2016 a créé une sous-section 5 intitulée « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » (articles 1231 à 1231-7).

Notamment, n'a pas (encore) été codifiée la jurisprudence constante selon laquelle la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu et il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

Le rapport au Président de la République précise qu'il s'agit d'« une reprise à droit constant de la section 4 du chapitre III de l'actuel titre III du code civil, avec quelques ajustements formels. En effet, la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait générateur, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière contractuelle, et que la présente ordonnance ne modifie pas. Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes. Le maintien de ces textes ne doit donc 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. »

Ce rapport fait ici allusion à une distinction jurisprudentielle et doctrinale entre l'exécution forcée du contrat et la réparation en nature du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle.

La distinction, discutée en doctrine mais admise en jurisprudence, entre l'exécution en nature du contrat et la réparation en nature en matière contractuelle

La notion-même de réparation en nature en matière contractuelle est contestée par une partie de la doctrine, qui considère plus généralement que la responsabilité contractuelle est un « faux concept », comme le professeur

Rémy¹ et le professeur Le Tourneau, ce dont il résulte une conception élargie de l'exécution forcée en nature (Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 11e éd.) :

« 3213.52. Réparation en nature, histoire d'un faux concept. Considérant que ce qui se conçoit bien s'énonce clairement, force est de constater que ce n'est pas le cas de la distinction entre exécution forcée en nature et réparation en nature, alors même que l'intérêt à les distinguer est essentiel : " Des difficultés aiguës troublent depuis longtemps la doctrine chargée de départir les mesures qui relèvent de l'exécution du contrat de celles qui traduisent une réparation consécutive à son inexécution " (1). Et il ne peut en aller autrement dès lors que cette distinction n'existe pas. Ou, plus exactement, que la réparation en nature est, à l'instar de la réparation par équivalent, un faux concept, qui n'a pour seule conséquence d'entraver, au-delà de ce que prévoit la loi (cf. art. 1221 du code civil), les mesures d'exécution forcée que peut solliciter le créancier. En effet, **dès lors qu'il s'agit, prétendument, de responsabilité, non seulement le créancier doit prouver l'existence d'un préjudice, mais encore le juge conserve un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de prononcer une réparation en nature, alors même que, dans un autre temps, l'exécution forcée est un droit (2), comme cela résulte, outre de l'article 1221 du code civil de l'article 1341 : " Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi " (3). Sous l'empire des textes anciens, la Cour de cassation l'avait déjà décidé : " 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 celle-ci est possible " (4). L'assise de cette limite supplémentaire au droit à l'exécution forcée paraît dès lors fragile. Par exemple, si l'on en croit la jurisprudence, le créancier d'une obligation de délivrance a le droit d'obtenir du débiteur l'exécution forcée, tandis que le créancier qui sollicitera la mise en conformité d'un bien devra rapporter la preuve d'un préjudice, sans être certain, au surplus que le juge fera droit à sa demande, s'il considère une " réparation " par équivalent plus propice. Pourtant, dans les deux cas la même obligation a été inexécutée. Ou, si l'on préfère, le même droit du créancier a été violé. Pourquoi donc distinguer ici selon que l'inexécution est totale ou qu'elle est mauvaise ? Pour quelles raisons le créancier, titulaire d'un droit de créance, serait moins bien considéré dans la seconde hypothèse ?**

3213.53. Exécution et réparation : identité de nature.

En définitive, la distinction entre l'exécution forcée en nature et la réparation en nature n'est autre qu'une distinction entre les cas dans lesquels le débiteur est condamné à exécuter l'obligation originaire et les cas dans lesquels une mesure correctrice d'une exécution défectueuse est sollicitée. Alors que toutes poursuivent le même objectif - la satisfaction du créancier - que toutes ont un fondement identique - le droit de créance - et que toutes ont les mêmes limites - l'impossibilité ou la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, ces mesures n'auraient pas la même nature : exécution dans un cas, réparation dans l'autre. Ce faisant, l'exécution forcée en nature voit donc son domaine extrêmement limité, si l'on en croit les tenants de la " responsabilité contractuelle ". Par-delà même les limites posées par l'article 1221 du code civil, rares seraient les cas correspondant à une véritable exécution forcée en nature. En effet, **stricto sensu, l'exécution en nature suppose que ce soit l'obligation originaire qui soit exécutée par le débiteur (et encore, son exécution est différée !). Tout le reste ne peut être que réparation, soit que l'exécutant n'est pas le débiteur (faculté de remplacement), soit que l'obligation n'est pas identique à celle qui est originairement contractée (destruction/reconstruction), soit encore que le créancier n'est pas pleinement "satisfait" (réparation [au sens commun]/mise en conformité).**

[...]

3213.54. Exécution et réparation : identité de régime.

Il n'existe donc pas de différence de nature entre les mesures que peut solliciter le créancier : qu'il s'agisse de contraindre, stricto sensu, le débiteur à exécuter l'obligation originaire ou qu'il s'agisse d'ordonner une mesure correctrice d'une exécution défectueuse, ou encore d'ordonner la cessation de l'illicite, ces mesures visent toutes à satisfaire le créancier de l'obligation inexécutée et non à réparer un préjudice (1) : elles relèvent de l'exécution forcée en nature (2) et doivent donc être soumises au même régime (C. civ., art. 1221 et 1231). Il en va ainsi, notamment,

¹ Philippe Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD civ., 1997, 323.

des mesures de retrait et d'interdiction, sous astreinte, d'un ouvrage publié en méconnaissance d'une convention entre deux éditeurs (3). Mais également de la mesure obligeant le débiteur à détruire un escalier d'accès à une piscine avec trois marches pour le reconstruire avec les quatre marches prévues (4) ou encore des mesures de remise en état d'un bien, la reconstitution d'un portefeuille (5), la démolition/reconstruction d'un ouvrage (6). Toutes ces mesures, et d'autres, si elles ne contraignent pas directement le cocontractant à l'exécution de l'obligation originaire, visent au respect du contrat et non à la réparation d'un dommage, peu important, in fine, que le débiteur soit condamné à exécuter exactement ou non l'obligation originaire.

C'est bien ce que l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit, lorsqu'elle place la faculté de remplacement, rénovée, sous le joug de l'exécution forcée en nature, à rebours de la jurisprudence actuelle. Bien qu'il ne s'agisse pas de contraindre le débiteur à exécuter l'obligation originaire, il s'agit d'un mode d'exécution forcée en nature qui s'impose au juge sans, par ailleurs, que le créancier ait à prouver un quelconque préjudice. Et l'on ne voit pas pour quelle raison il ne pourrait pas en aller ainsi de l'ensemble des mesures correctrices d'une exécution défectueuse, ainsi que les principes du droit européen du contrat l'ont remarquablement prévu en disposant en leur article 9 : 102 que " le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a le droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse ".

Ainsi, l'exécution forcée en nature de l'obligation recouvre un ensemble de mesures destinées à satisfaire le créancier (destruction/reconstruction, mise en conformité, cessation de l'illicite, etc.), sans que ne se pose la question de savoir s'il s'agit d'exécution ou de réparation, cette dernière étant étrangère à la matière contractuelle. Que le créancier sollicite l'exécution de l'obligation initiale auprès du débiteur ou qu'il sollicite la correction d'une mauvaise exécution, dont la cessation de l'illicite, il n'aura pas à rapporter la preuve d'un quelconque préjudice : il entend simplement être satisfait. Au demeurant, rien ne semble s'opposer à une telle lecture de l'article 1221 du code civil qui ne définit ni ne pose de critères à l'exécution en nature, mais seulement ses limites : l'impossibilité ou la disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Corrélativement, il s'avère que les dispositions que le projet consacre à la réparation en nature (art. 1260 et 1261) et à la cessation de l'illicite (art. 1232) doivent être limitées à la responsabilité civile, à l'exclusion de la matière contractuelle qui ne peut connaître que de l'exécution forcée en nature (7).

La professeure Viney considérait quant à elle que l'exécution forcée en nature se distingue de la réparation en nature et que les objections formulées contre cette distinction peuvent être surmontées ([Quelques questions débattues au sujet de la réparation en nature du dommage](#), Revue des contrats septembre 2020, n°03, p. 35) :

« La possibilité d'une réparation en nature a été contestée même en matière extracontractuelle 6, mais elle ne l'est plus aujourd'hui. En revanche, son application a été et reste plus discutée en matière contractuelle. On lui a en effet opposé plusieurs objections.

Tout d'abord, **on a fait observer que, lorsqu'elle atteint vraiment son but, faire disparaître le dommage, cette forme de réparation équivaudrait, en matière contractuelle, à l'exécution forcée en nature, de telle sorte qu'il serait permis de se demander s'il s'agit bien de deux notions distinctes ou si, en matière contractuelle, la prétendue "réparation en nature" ne serait pas plutôt une forme d'exécution en nature.** D'ailleurs, il est intéressant de souligner que la réparation en nature n'est pas reconnue explicitement par les principes du droit européen du contrat et que, si les principes Unidroit y font allusion, c'est comme une simple modalité du droit à l'exécution dont elle n'est pas clairement distinguée. N'est-ce pas le signe que la réparation en nature est une notion inutile car faisant double emploi avec l'exécution forcée en nature ?

Par ailleurs, **on a soutenu qu'elle serait contestable au regard du principe de la force obligatoire du contrat car elle permettrait au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention.** N'est-ce pas en effet ce qu'il fait lorsqu'il ordonne une mesure de réparation en nature si celle-ci se distingue à la fois de l'exécution pure et simple par le débiteur et de la " faculté de remplacement " qui est, quant à elle, spécialement autorisée par l'article 1222 du Code civil (substitué par la réforme du 10 février 2016 aux articles 1143 et 1144 du Code civil de 1804). La réparation en nature serait donc, non seulement inutile, mais aussi et surtout illégitime.

Cette argumentation a convaincu des auteurs aussi importants que Planiol 7 et Carbonnier 8 qui ont refusé d'admettre que l'on puisse accorder une réparation en nature comme sanction de l'inexécution contractuelle. Elle a été reprise à son compte par l'auteur d'une thèse soutenue en 2015 9 qui en a déduit que la réparation en nature du dommage contractuel est un "faux concept" et qu'elle n'a "aucune pertinence".

À la réflexion cependant, ces objections n'apparaissent pas décisives.

Il existe en effet de nombreuses formes de réparation en nature qui ne peuvent être confondues avec l'exécution. C'est le cas en particulier de toutes les mesures qui ne font que réduire le dommage sans le supprimer ni donner au créancier pleine satisfaction. Elles se conjuguent alors généralement avec des dommages et intérêts. Sont également clairement distincts de l'exécution, par exemple, les condamnations à refaire un acte juridique irrégulier aux dépens de celui qui, en commettant cette irrégularité, a manqué à son engagement 10, ou le prononcé de la nullité, de l'inopposabilité ou de l'inefficacité partielle d'un acte juridique 11, celui d'une déchéance contre le créancier ayant manqué à ses propres obligations envers le débiteur 12, la condamnation du responsable à se substituer à la victime pour le paiement de dettes 13 ou la création par le juge d'une obligation imposée au responsable au profit de la victime pour sanctionner notamment la méconnaissance d'une obligation d'information 14, ou encore la publication du jugement reconnaissant les droits de la victime et la responsabilité de l'auteur 15, ou enfin la condamnation à faire cesser une activité dommageable 16. **Toutes ces mesures, qu'on ne peut guère confondre avec l'exécution forcée, paraissent fort utiles car elles contribuent à réparer les conséquences de l'inexécution dommageable.**

Quant au grief d'illégitimité adressé à la réparation en nature au motif qu'elle porterait atteinte au principe de la force obligatoire du contrat en autorisant le juge à condamner le débiteur à faire autre chose que ce qui avait été convenu, il pourrait être adressé de la même manière aux dommages et intérêts et à toutes les sanctions de l'inexécution du contrat autres que l'exécution forcée. Or ces sanctions sont évidemment légitimes. Elles sont d'ailleurs aujourd'hui explicitement autorisées par l'article 1217 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016.

[...]

ce qui est moins évident c'est de déterminer en quoi la réparation en nature diffère de l'exécution forcée en nature.

Cette différence se manifeste quant aux conditions d'application de l'une et de l'autre (a) et quant à leurs effets (b).

a) L'application de la réparation en nature diffère de celle de l'exécution en nature d'abord en ce que la première est un effet de la responsabilité, ce qui implique qu'elle est subordonnée à la preuve de l'existence d'un préjudice, d'un fait générateur de responsabilité et d'un lien de causalité entre l'un et l'autre, alors que l'exécution est due de plein droit en cas d'inexécution.

En conséquence, contrairement à l'exécution en nature, qui est en principe un remède unilatéral, subordonné seulement à une mise en demeure du débiteur 23, **la réparation en nature suppose une décision judiciaire préalable admettant la responsabilité.** Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, cette différence existe même si l'exécution est obtenue d'un tiers par le procédé du "remplacement", du moins si l'obligation inexécutée est une obligation de faire, car, pour "la destruction de ce qui a été fait en violation d'une obligation de ne pas faire", une autorisation préalable du juge est exigée 24.

La seconde différence entre la mise en œuvre de l'exécution en nature et celle de la réparation en nature réside dans le fait que la première est un droit pour le créancier. Elle ne peut donc pas lui être refusée lorsqu'il la demande 25 sauf si elle est impossible ou, depuis l'entrée en vigueur de la réforme des contrats de 2016, s'il existe "une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier" 26. En revanche, la réparation en nature est en principe facultative pour le juge, qui peut estimer préférable une condamnation à dommage et intérêts 27.

[...]

De fait, si la jurisprudence a maintenu le principe du libre choix par les juges du fond entre la réparation en nature et les dommages et intérêts 33, elle l'a néanmoins affecté de quelques exceptions. Elle a admis, par exemple, en cas de construction irrégulière, aussi bien lorsque cette irrégularité est due à un manquement au contrat ou à une réglementation, que la destruction ou la mise en conformité, lorsqu'elle est demandée par la victime à titre de réparation, doit être prononcée par le juge qui ne peut lui substituer une condamnation à dommages et intérêts 34.

Les tribunaux ont également affirmé parfois que la réparation en nature demandée par la victime ou le créancier s'impose lorsqu'elle est seule capable d'assurer une réparation adéquate du dommage 35.

Mais il arrive, à l'inverse, que la réparation en nature soit systématiquement écartée, soit parce qu'elle apparaît inadéquate à la réparation effective du dommage 36, soit parce qu'elle contredirait une autorisation administrative ou en aggraverait les conditions 37.

En outre, on constate actuellement une tendance au rapprochement entre les conditions d'application de la réparation en nature du dommage contractuel et celles de l'exécution forcée de l'obligation. En effet, de même que l'article 1221 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 écarte, nous l'avons vu, l'exécution forcée de l'obligation contractuelle 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 projet de réforme de la responsabilité civile publié par la Chancellerie en mars 2017 comporte une disposition similaire pour la réparation en nature. Il s'agit de l'article 1261, alinéa 2, qui dispose : " Elle [la réparation en nature] ne peut (...) être ordonnée en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime ".

Ainsi, les différences entre la mise en œuvre de la réparation en nature du dommage contractuel et celle de l'exécution forcée de l'obligation contractuelle tendent à se réduire. Elles subsistent cependant car la réparation en nature suppose toujours la preuve des conditions de la responsabilité civile, alors que l'exécution forcée de l'obligation contractuelle est un remède unilatéral qui n'est subordonné qu'à une mise en demeure du débiteur.

b) Quant à leurs effets, ces deux remèdes à l'inexécution du contrat présentent certaines similitudes. Notamment, ils peuvent tous deux être complétés par des dommages et intérêts. L'article 1217 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016 le précise explicitement. En outre, **les mesures qu'ils permettent de prononcer se définissent par leur caractère non pécuniaire. Toutefois, ils ont un objet tout différent car l'exécution forcée tend à remettre en vigueur des obligations qui ont été initialement méconnues alors que la réparation en nature tend à réparer le dommage causé par l'inexécution, mais il faut reconnaître que cette différence est souvent difficile à caractériser** car le fait que les obligations aient été, dans un premier temps, méconnues crée une situation nouvelle sur laquelle il n'est pas toujours possible de revenir, de telle sorte que les juges ont tendance à faire prévaloir les mesures de réparation en nature 38 sur celles qui visent à l'exécution. »

Voir dans le même sens le professeur F. Leduc (Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature, in *Mélanges Forest*, 2014, Dalloz, p. 121), qui conclut son article en estimant qu'« il serait souhaitable que la jurisprudence affirme plus clairement que la correction d'une exécution défectueuse constitue une mesure d'exécution, sous réserve qu'elle soit satisfactorie pour le créancier, de sorte qu'elle ne devrait basculer dans la catégorie de la réparation en nature que lorsqu'il apparaît qu'elle ne saurait permettre au créancier d'obtenir exactement ce qu'il attendait (parce qu'en l'occurrence, la chose ne sortira pas parfaitement intacte des travaux de remise en état voire parce que le créancier a légitimement pu perdre confiance dans son débiteur). »

Voir aussi le jurisque [Fasc. 201 : Régime de la réparation, §31](#) et le commentaire des arrêts 3e civ., 16 juin 2015, n°14-14.612 et 3e civ., 16 juin 2015, n°14-12.548 par le professeur Genicon : [RDC 2015, p. 839](#)

Le Traité de droit civil consacré aux effets de la responsabilité (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, LGDJ, 4^e éd., n°62) souligne que la jurisprudence a reconnu la

réparation en nature en matière contractuelle : « Les applications les plus caractéristiques de ce mode de réparation concernent le louage d'ouvrage et la vente ou les autres contrats engendrant une obligation de livrer ou de restituer un bien. Lorsque le locateur d'ouvrage a mal exécuté sa tâche et que l'objet fabriqué ou construit se révèle de ce fait défectueux ou non conforme, il est fréquent en effet que le juge ordonne au débiteur de procéder ou de faire procéder à la remise en état ou à la mise en conformité du bien (voir notamment 3e Civ., 28 février 1969, bull. N° 182²; 3e Civ., 10 janvier 1990, pourvoi n° 88-18.098, Bull. N° 5).

Pareillement, lorsque le vendeur n'a pas livré à temps le bien vendu, il arrive qu'à défaut de pouvoir ordonner la remise du bien lui-même, qui a disparu ou qui n'est plus dans le commerce, le tribunal ordonne la livraison d'un bien équivalent. Il en va de même en cas de non-restitution de la chose en fin de bail ou de prêt (v. notamment Civ.1ere, 20 janv. 1953, JCP 1953, II, 7677³) ou lorsque le bailleur a manqué à son obligation d'assurer au preneur la jouissance paisible de la chose louée (3e Civ., 25 janvier 2006, pourvoi n° 04-18.672, Bull. n° 20⁴). »

La professeure Rémy-Corlay ([Exécution et réparation, deux concepts? RDC janv. 2005, p. 13](#)), défavorable à la notion de réparation en nature en matière contractuelle, a une approche critique de cette jurisprudence : « on cite généralement la remise en état ou en conformité d'un bien construit défectueux ou de la chose vendue défectueuse comme des exemples types de la réparation en nature 12. Le dommage subi, constitué par le fait de ne pas avoir reçu le bien promis, ou la prestation due, serait réparé en obligeant le débiteur fautif à fournir un autre bien, ou une autre prestation, ou à réparer le bien défectueux ou perfectionner sa prestation. Il nous semble pourtant que c'est bien dans ces cas l'objet même de l'obligation du débiteur qui tend à être exécutée. L'exécution était défectueuse ; la remise en état du bien, ou son remplacement permettra une bonne exécution, conforme à ce qui était prévu au contrat. » L'auteur cite ensuite des exemples étrangers tels que le droit allemand qui admet ces cas comme des modalités d'exécution du contrat.

Outre les arrêts visés par le Traité de responsabilité civile des professeurs Viney, Jourdain et Carval dans l'extrait cité ci-dessus, on peut relever d'autres arrêts récents qui ont consacré la possibilité pour les juges de prononcer une mesure de réparation en cas d'inexécution contractuelle :

- [3e Civ., 8 mars 2000, pourvoi n° 98-15.345, Bull. n° 50](#) : « les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer les modalités de réparation du préjudice provenant d'un défaut de conformité entre la chose contractuellement promise et la chose livrée » ;

² Sommaire : « Les juges du fond qui, déterminant souverainement les mesures de nature à réparer le dommage subi par le maître de l'ouvrage du fait de malfaçons, condamnent l'architecte à faire effectuer à ses frais les travaux nécessaires à la remise en état de l'immeuble, ne méconnaissent pas ainsi la nature de l'obligation contractuelle dont la violation a causé le dommage, laquelle est distincte de l'obligation de le réparer. »

³ « L'article 1142 du code civil ne peut trouver son application qu'au cas d'inexécution d'une obligation personnelle de faire ou de ne pas faire. Par suite, lorsque la faute génératrice du dommage réside dans la rétention pure et simple et injustifiée d'objets appartenant à autrui, une cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation en jugeant qu'une restitution par équivalence d'objets de même nature pouvant se trouver dans le commerce sera le meilleur mode de réparation du préjudice. »

⁴ Sommaire : « Un bailleur de locaux à usage commercial et d'habitation, tenu d'assurer à son preneur une jouissance paisible de la totalité des lieux loués, peut être condamné à reconstruire un des immeubles donnés à bail qu'il a démoli. »

- Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-24.869, Bull. n° 80 : « Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations, la cour d'appel qui, retenant que l'engagement résultant d'un pacte d'actionnaires s'analyse comme un pacte de non-acquisition, consistant en une obligation de ne pas faire puisque chaque partie "s'interdit d'acquérir seule, directement ou indirectement les actions" et que la violation par l'une des sociétés de cet engagement autorise l'autre société à obtenir, sous la forme d'une réparation en nature dont il convient de déterminer les modalités, le rétablissement de la situation dans laquelle elle se serait trouvée si sa contractante avait respecté les stipulations de cette convention, ajoute que le retour à la situation antérieure, inhérent à la réparation en nature, ne sera pleinement satisfait que par le rétablissement d'une stricte parité dans le nombre d'actions détenues respectivement par chacun des actionnaires majoritaires, alors que la cession d'actions imposée à la première société à titre de réparation de l'inexécution de son obligation de ne pas faire se traduisait par une majoration de la participation de la seconde société dans le capital d'une société tierce. » (sommaire)

- 3e Civ., 21 juin 2018, pourvoi n° 17-15.897, Bull. n° 72 : les juges du fond apprécient souverainement les modalités de réparation du dommage provenant d'un défaut de conformité ;

- 3e Civ., 6 juillet 2023, pourvoi n° 22-10.884, publié

(Arrêt critiqué par le professeur Dournaux ([De l'influence du régime de l'exécution forcée en nature sur celui de la réparation pécuniaire... et réciproquement](#), RDC 4, décembre 2023) qui, sans contester la pertinence que peut avoir la réparation en nature en matière contractuelle, regrette que cette décision procède à l'abolition de la distinction entre exécution en nature et réparation en nature).

L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile publié par la chancellerie en mars 2017 proposait de nouveaux textes relatifs à la réparation en nature, applicables à la fois en matière contractuelle et extracontractuelle :

- article 1259 : « La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice. »

- article 1260 : « La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage. »

- article 1261 : « La réparation en nature ne peut être imposée à la victime.

Elle 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.

Sous les mêmes réserves, le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires. »

La 3^e chambre civile a, au contraire de ce projet de réforme, jugé que la réparation en nature, en matière extra-contractuelle, n'était pas subordonnée au contrôle de proportionnalité entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime (3e Civ., 4 avril 2024, pourvoi n° 22-21.132, publié).

Synthèse des enjeux de la distinction entre exécution en nature du contrat et réparation en nature des conséquences de l'inexécution contractuelle

L'exécution en nature du contrat et la réparation en nature en matière contractuelle poursuivent le même objectif, c'est-à-dire la satisfaction du créancier et reposent sur le même fondement, la créance issue du contrat.

Pour autant, admettre l'existence de la réparation en nature en matière contractuelle n'est pas sans conséquence : il résulte de l'analyse des opinions doctrinales et de la jurisprudence citées ci-dessus que deux différences de régime importantes distinguent l'une de l'autre.

1) L'exigence d'un préjudice

Le créancier qui réclame la réparation en nature du préjudice résultant de l'inexécution contractuelle doit prouver qu'il subit un préjudice, condition qui n'est pas nécessaire s'agissant de l'exécution en nature.

On peut toutefois relever que cette distinction est peut-être à nuancer depuis la nouvelle exception à l'exécution en nature consacrée par l'article 1221, lorsqu'« il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier » : l'absence de préjudice peut désormais être prise en compte pour apprécier l'intérêt du créancier à cette exécution et donc sa proportionnalité par rapport au coût pour le débiteur.

2) Le pouvoir d'appréciation du juge :

En dehors des exceptions posées par le nouvel article 1221 du code civil, l'exécution forcée en nature est de droit, tandis que les modalités de réparation (en nature ou en dommages et intérêts) relèvent du pouvoir d'appréciation du juge.

En l'espèce, dans leurs conclusions d'appel, M. et Mme [X] [U] demandaient à la cour d'appel d'enjoindre à la SMAE d'avoir à livrer de l'eau potable au domicile du créancier en mettant à disposition des fontaines à eau ou des bouteilles sous astreinte. Pour rejeter cette demande, la cour d'appel s'est fondée sur les motifs suivants, propres et adoptés :

- le contrat conclu entre l'abonné et la SMAE stipule que cette dernière s'est engagée à distribuer de l'eau potable via les installations d'alimentation en eau, en utilisant une infrastructure spécifique (canalisations, branchements, compteurs, raccordements relevant du réseau de l'eau) dont l'exploitation lui a été déléguée,
- aucune stipulation du contrat ne met à la charge du distributeur d'eau l'obligation de livrer de l'eau en bouteille, tant dans l'hypothèse d'un fonctionnement adéquat du réseau que dans celle d'une rupture d'alimentation du réseau,
- par conséquent, l'abonné ne peut poursuivre l'exécution forcée d'une obligation non prévue au contrat.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il appartiendra à la chambre d'apprécier le bien-fondé du deuxième moyen.

Troisième moyen (la réduction du prix) :

L'article 1217 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018, énumère les sanctions que le créancier peut obtenir en cas d'inexécution des obligations de son cocontractants :

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 ;
- obtenir⁵ 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.

Parmi ces sanctions, l'introduction en droit commun⁶ des contrats de la réduction du prix a été particulièrement remarquée, à la fois pour son caractère innovant⁷ mais aussi (et sans doute est-ce lié) pour les maladresses rédactionnelles du nouvel article 1223.

Selon le [rapport au Président de la République](#), « il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu. »

L'article 1223 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, disposait :

« Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

Ce texte a été modifié par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2018, et est désormais ainsi rédigé :

En 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.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix.

Les ambiguïtés de ce texte, dans ses deux versions, ont été soulignées. Notamment, la doctrine et les praticiens se sont interrogés sur le fait de savoir si l'alinéa 1^{er} de ce texte offrait au créancier une faculté de réduire *unilatéralement* le prix.

La lecture des travaux préparatoires montre que tel était bien l'objectif du législateur :

⁵ Dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, le texte prévoyait que le créancier pouvait « solliciter » la réduction du prix.

⁶ Cette sanction n'existait que dans certains droits spéciaux (vente ou dépôt par exemple)

⁷ Auparavant, la réduction du prix par le juge pouvait s'effectuer indirectement par l'octroi de dommages et intérêts contractuels.

- s'agissant de l'ordonnance du 10 février 2016, le [rapport au Président de la République](#) indiquait : « l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix. Le créancier devra préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation. Le texte n'est pas destiné à remettre en question l'exception admise en jurisprudence en cas d'urgence. Le créancier devra ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. S'il a déjà payé le prix, il demandera remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix opposée. »

- l'Assemblée nationale comme le Sénat ont bien entendu consacrer le caractère unilatéral de la réduction du prix, dans l'hypothèse où le créancier n'a pas payé le prix (cf. le [rapport n°429 du député Houlié](#) déposé le 29 novembre 2017, p. 88, ainsi que le [rapport n°247 du sénateur Pillet](#) du 14 janvier 2018, p.26 à 28).

S'appuyant notamment sur ces travaux préparatoires, la plupart des auteurs considèrent que, lorsque le prix n'a pas encore été payé, le créancier peut décider unilatéralement, sans recours au juge, à la réduction du prix. Ex : O. Deshayes, T. Genicon, Y-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, Lexisnexus, 2^e éd., p. 559 ; G. Chantepie et M. Latina, Le nouveau droit des obligations, Dalloz, n°641 et s. ; P. Stoffel-Munck, P. Malaurie, L. Aynès, Droit des obligations, sept. 2022, Lextenso, n°546 ; A. Bénabent, Droit des obligations, sept. 2023, Lextenso, n°384 ; répertoire Dalloz Contrat : effets, G. Chantepie, n°225.

De rares auteurs soutiennent néanmoins que, en cas de désaccord des parties, la réduction du prix est nécessairement judiciaire : Cf. M. Poumarède et P. Le Tourneau, Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, éd. 2023/24, n°3214.62 : « Reste alors au créancier du prix à accepter la « décision » de réduction du prix par écrit. À proprement parler, il ne résulte pas de cette acceptation un accord des parties. Le créancier du prix n'a pas à accepter la réduction du prix, mais seulement la décision de réduction du prix. Il peut d'ailleurs ne pas l'accepter. Dans ce cas, le débiteur du prix devra saisir le juge pour qu'il se prononce sur la réduction du prix mais ne semble pouvoir, lui-même, dans ce cas, réduire le prix. »)

Le texte distingue deux hypothèses en ses deux alinéas, selon que le prix a été ou non déjà payé.

L'alinéa 1^{er} pose plusieurs conditions :

- conditions de fond :

- l'exécution imparfaite de la prestation ;
- l'absence de paiement de la prestation ;
- une réduction de prix proportionnée ;

- conditions de mise en oeuvre de cette faculté par le créancier :

- une mise en demeure ;
- si l'exécution imparfaite perdure, la notification par le créancier dans les meilleurs délais de sa décision de réduire le prix ;
- une dernière condition dont l'ambiguïté a été soulignée : « l'acceptation par le débiteur de la réduction du prix doit être rédigée par écrit ». De nombreux auteurs ont souligné que cette acceptation ne devait pas être comprise comme l'exigence d'un échange des consentements : une telle interprétation, contraire à l'intention du

législateur (cf. Les travaux parlementaires cités ci-dessus) ne ferait que rappeler le principe général posé par l'article 1193⁸ en l'alourdissant d'une procédure lourde et inutile.

La doctrine ne paraît s'être interrogée que sur le fait de savoir si l'article 1223, alinéa 1^{er}, permettait au créancier de réduire le prix de façon extrajudiciaire, sans se demander si, dans l'affirmative, cette possibilité d'opposer unilatéralement la réduction du prix interdisait au créancier de saisir le juge à cette fin.

Un auteur, cité par le MA, a toutefois examiné cette question ([F. Juredieu, La procédure de réduction du prix de l'article 1223 du Code civil - Analyse des premières décisions des juges du fond : JCP G 2023, doctr. 1801](#)) en analysant les décisions des juges du fond qui sont divergentes :

« 2. L'admission incertaine d'une réduction judiciaire en lieu et place de la réduction extrajudiciaire 4. - Des divergences marquées entre cours d'appel. - S'il est, pour l'heure, difficile d'identifier clairement la position des juridictions du fond au sujet de la faculté unilatérale de réduction du prix, c'est aussi qu'en pratique, elle a été peu exercée semble-t-il. Le plus souvent, à lire les arrêts rendus en application de l'article 1223 du Code civil, le créancier montre son opposition au paiement du prix convenu en raison de l'exécution imparfaite de l'obligation sans pour autant procéder à une réduction unilatérale. Ce refus conduit son cocontractant à l'actionner en paiement et c'est en défense que le créancier se prévaut de l'article 1223. Or, la difficulté tient à ce que cette voie de réduction n'a pas été expressément prévue par les textes. L'exercice judiciaire de l'alinéa 2 concerne les cas où le prix a été payé et où donc une restitution du prix consécutive à la réduction nécessite une action en justice à défaut d'accord entre les parties. Si les juridictions du fond ont parfois été amenées à statuer sur cette hypothèse de réduction^{Note 37}, les espèces les plus nombreuses concernent la situation d'un créancier n'ayant pas payé tout ou partie du prix. Que décider dès lors dans les cas où la procédure de l'alinéa 1 n'a pas été suivie ?

Les divergences entre juridictions apparaissent, sur cette question, marquées. [...]

5. - Appréciation de l'opportunité d'une réduction judiciaire. - Face à ces divergences, quelle position mérite de l'emporter ? **L'une des questions est évidemment de savoir si l'intention du législateur était d'écarter la voie judiciaire lorsque le prix n'a pas été payé en tout ou partie ou bien si l'on est en présence d'un oubli qui n'interdirait pas la reconnaissance d'une réduction judiciaire du prix en lieu et place de la réduction par voie de notification. L'opposition entre un premier alinéa associé à la voie extrajudiciaire et un second alinéa portant sur la voie judiciaire laisse penser que le recours au juge est réservé à l'hypothèse où le prix a été payé. Si l'intention du législateur avait été différente, l'alinéa 2 aurait indiqué qu'« en toute hypothèse », le créancier peut demander au juge la réduction** ^{Note 43}. Le texte semble donc instaurer une dichotomie entre une « réduction -rétention extrajudiciaire » et une « réduction -restitution conventionnelle ou judiciaire » ^{Note 44}. **Il nous semble pourtant qu'il existe des motifs sérieux d'octroyer la possibilité d'une réduction judiciaire, laquelle, faut-il le rappeler, avait parfois été admise avant la réforme du droit des contrats par la Cour de cassation, même en dehors des cas de réfections expressément prévus par les textes** ^{Note 45} (1^{re} Civ., 25 mars 1997, pourvoi n° 95-11.995, Bull. n° 111). Deux hypothèses doivent plus

⁸ « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

précisément être distinguées, celle de la reconnaissance d'une action en réduction par laquelle le créancier aurait l'initiative du procès, et celle de l'admission d'une exception de réduction. [...]

Plus déterminant sans doute, l'ignorance de la voie unilatérale par les cocontractants tout autant que ses difficultés de mise en œuvre - il a été souligné combien il était malaisé de déterminer un montant proportionné à l'inexécution constatée Note 48 - **rendent l'ouverture d'une action judiciaire en réduction opportune, indépendamment du critère du versement ou non du prix.** Le risque en effet pour le créancier, confronté à une exécution imparfaite de sa prestation, est d'effectuer un calcul erroné de la réduction et de se voir condamner au paiement intégral de la créance dans le cadre d'un procès ultérieur Note 49 . Le créancier devrait ainsi pouvoir choisir entre la rapidité, autrement dit exercer unilatéralement la réduction, et la sécurité c'est-à-dire obtenir du juge celle-ci comme **cela est admis pour la résolution** aux articles 1224 et 1227 du Code civil. **L'analogie avec cette dernière sanction n'est pas dénuée de pertinence dans la mesure où la réduction du prix est souvent associée à un cas de résolution partielle** Note 50 . Le silence du législateur sur cette possibilité d'action en réduction judiciaire rend toutefois son régime incertain, particulièrement s'agissant de son autonomie par rapport à l'alinéa 1er de l'article 1223. Faudrait-il ainsi considérer qu'une mise en demeure devrait être adressée avant toute action en justice Note 51 ? La célérité dans l'exercice de l'action pourrait-elle être prise en compte dans l'appréciation de sa recevabilité ?

La reconnaissance d'une action en réduction sans demande de restitution, si elle apparaît opportune, demeure donc incertaine. En revanche, l'admission d'une exception c'est-à-dire d'une « simple » défense opposée en justice à une demande de paiement ne devrait pas susciter les mêmes réserves Note 52 . Une jurisprudence autorise en effet le défendeur, sans avoir à former de demande reconventionnelle, à invoquer une sanction contractuelle afin d'obtenir le rejet total ou partiel de la demande adverse Note 53 . Cette défense, dont le résultat est la libération du débiteur, est notamment illustrée par l'exception de nullité consacrée à l'article 1185 du Code civil. Le champ d'application de cette exception est cependant plus vaste puisque la Cour de cassation autorise aussi le défendeur à s'affranchir du paiement de son obligation en cas d'inexécution suffisamment grave Note 54 ou à obtenir sa décharge à hauteur du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité contractuelle Note 55. C'est bien cette technique procédurale qui semble, dans les différentes espèces étudiées, mise en œuvre par le débiteur du prix et validée par une partie des juges du fond. De même qu'un défendeur peut se prévaloir de la faute de son cocontractant afin d'obtenir non des dommages-intérêts venant se compenser avec les sommes dues mais sa seule décharge, l'exécution imparfaite du contrat devrait permettre à un cocontractant d'obtenir du juge sa libération proportionnée à l'importance de l'inexécution Note 56. L'argument selon lequel la réduction du prix serait une sanction essentiellement extrajudiciaire n'apparaît pas déterminant. En matière d'exception d'inexécution, la nature extrajudiciaire de cette sanction n'a pas empêché la Cour de cassation d'admettre la décharge du défendeur en raison d'une inexécution suffisamment grave Note 57. Il est à espérer en tous les cas que la Cour régulatrice fasse rapidement connaître sa position, peut-être par l'intermédiaire d'un avis, afin de donner le « la » à cet ensemble quelque peu dissonant des juridictions du fond Note 58. »

Au moins trois interprétations de l'article 1223, alinéa 1^{er}, paraissent possibles :

- la réduction du prix est nécessairement judiciaire, même sur le fondement de l'alinéa 1^{er} (ex : CA Montpellier, 10 nov. 2022, n° 22/01068. Pour un commentaire critique de cette décision, voir [D. Houtcieff](#), Le juge et les pouvoirs unilatéraux du

contractant, [GPL 10 janv. 2023, n° GPL444b4](#)). Cette analyse paraît toutefois difficile à concilier avec les travaux parlementaires cités ci-dessus ;

- la réduction du prix prévue par l'alinéa 1^{er} est nécessairement unilatérale (par opposition à celle prévue par l'alinéa 2, qui est judiciaire). C'est la thèse défendue par la SMAE.

Elle a déjà été retenue par des juges du fond : CA Douai, 5 mai 2022, n° 20/05111 ou encore l'arrêt attaqué dans la présente espèce.

Cette interprétation a pour elle notamment la lettre des textes, en particulier par comparaison avec l'alinéa 2 qui prévoit la possibilité d'une réduction de prix judiciaire lorsque le prix a été payé, et l'absence de texte équivalent à l'article 1227 du code civil en matière de résolution, selon lequel la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

- l'alinéa 1^{er} qui permet une réduction du prix unilatérale n'interdit pas au créancier de saisir le juge à cette fin. C'est la thèse soutenue par M. et Mme [X] [U].

Cette lecture du texte pourrait notamment s'appuyer sur un raisonnement a fortiori (ce qui peut être fait unilatéralement doit pouvoir être fait par le juge) et par analogie avec les règles applicables en matière de résolution, dans la mesure où le silence du législateur sur cette question pourrait être interprété non pas comme un refus de la réduction judiciaire mais simplement comme le signe qu'il ne s'est pas posé cette question qui n'apparaît ni dans les débats parlementaires ni dans les débats doctrinaux à cette époque.

En l'espèce, pour rejeter la demande de réduction du prix formée par M. et Mme [X] [U], la cour d'appel a retenu qu'il résulte de l'article 1223 du code civil que le créancier d'une obligation ne peut obtenir du juge une réduction du prix qu'après que celui-ci a été payé.

Compte tenu de ces éléments, il appartiendra à la chambre d'apprécier le bien-fondé du grief.

Quatrième moyen (le préjudice d'anxiété) :

La Cour de cassation a retenu, dans certaines hypothèses, le caractère réparable des préjudices résultant de l'exposition à un risque de dommage et en particulier du préjudice d'anxiété, qui existe même en l'absence de dommage corporel actuel et résulte du seul fait d'être exposé à un risque d'atteinte à l'intégrité physique :

- la chambre sociale a reconnu, sous certaines conditions, la possibilité pour les victimes de l'amiante d'obtenir la réparation du « préjudice spécifique d'anxiété » (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 09-42.241, Bull. n° 106), lorsque le salarié, qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvait, de par le fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'il se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers (Soc., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.294, Bull. n° 316). L'assemblée

plénière a par la suite abandonné cette condition tenant à la liste des établissements visée par la loi du 23 décembre 1998 (Ass. plén., 5 avril 2019, pourvoi n° 18-17.442, publié) ;

- cette jurisprudence a été élargie à d'autres risques que ceux liés à l'amiante : la chambre sociale juge de façon constante que, en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, le salarié qui justifie d'une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave et d'un préjudice d'anxiété personnellement subi résultant d'une telle exposition, peut agir contre son employeur pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité (Soc., 11 septembre 2019, pourvoi n° 17-24.885, publié ; Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 20-11.046, publié ; Soc., 28 septembre 2022)

- en dehors de tout contexte professionnel, la première chambre civile a également admis la réparation d'un préjudice d'anxiété ou d'angoisse, notamment dans l'affaire dite des sondes cardiaques où l'existence d'un risque de mort résultant de sondes défectueuses a justifié la réparation d'un préjudice moral xxx (1re Civ., 19 décembre 2006, pourvoi n° 06-11.133 et n° 05-15.716), au bénéfice des victimes du médicament Distilbène (Civ. 1re, 2 juillet 2014, n° 10-19.206 ; 1re Civ., 14 novembre 2019, pourvoi n° 18-10.794 ; 1re Civ., 18 octobre 2023, pourvoi n° 22-11.492, publié) ou des prothèses PIP (1re Civ., 25 mai 2023, pourvoi n° 22-11.541, publié).

Récemment, la première chambre civile a affirmé clairement une conception moins restrictive du préjudice d'anxiété que celle de la chambre sociale dans un arrêt relatif au Distilbène : 1re Civ., 18 octobre 2023, pourvoi n° 22-11.492, publié :

Vu l'article 1382 devenu 1240 du code civil :

7. Il résulte de ce texte que constitue un préjudice indemnisable l'anxiété résultant de l'exposition à un risque de dommage.

8. Pour écarter toute réparation, y compris celle d'un préjudice d'anxiété, l'arrêt retient que la preuve n'est pas rapportée d'un lien de causalité certain entre l'exposition de Mme [T] au DES et son hypofertilité.

9. En statuant ainsi, alors que le préjudice d'anxiété invoqué résultait de l'exposition au DES et des risques qui en découlent, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Commentant cet arrêt, le professeur Jourdain souligne que le principe énoncé par cet arrêt est bien moins restrictif que la jurisprudence de la chambre sociale ([RTD Civ. 2024 p.117, Exposition au Distilbène, présomption de causalité et préjudice d'anxiété](#)) : « la Cour de cassation déduit le préjudice d'anxiété de la seule exposition au risque de dommage. La solution peut s'expliquer dès lors qu'il est médicalement acquis que l'exposition au DES crée des risques de pathologies graves ; risques dont les victimes sont censées avoir connaissance eu égard notamment au suivi médical auquel elles sont contraintes. Il apparaît donc raisonnable de ne pas exiger d'elles d'autre preuve que leur exposition au risque.

Mais le motif de principe très général de l'arrêt pourrait avoir une tout autre portée. En énonçant, sans distinction des risques auxquels la victime est exposée, que l'anxiété constitue

un préjudice indemnisable, l'arrêt pourrait signifier que toute exposition à un risque, quel qu'il soit et quelle que soit sa gravité, constitue un préjudice d'anxiété. Ce serait certainement excessif. Les juges apprécient souverainement dans chaque espèce la réalité de ce préjudice au regard de la situation de fait et des éléments de preuve fournis. En présence d'un préjudice éminemment subjectif qui est difficile à établir, ils sont conduits à faire un large usage des présomptions de fait. Ainsi, en dehors des cas évoqués ci-dessus, la jurisprudence admet de façon libérale la réparation du préjudice moral résultant de l'exposition à un risque (v. l'affaire des sondes cardiaques, Civ. 1re, 19 déc. 2006, n° 05-15.719, D. 2007. 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain ; JCP 2007. II. 10052, note S. Hocquet-Berg ; RCA 2007. Comm. 64, obs. C. Radé ; RLDC 2007. 40, obs. P. Brun ; RTD civ. 2007. 352, obs. P. Jourdain, et sur renvoi, Paris, 12 sept. 2008, n° 07/05802, D. 2008. 2429, obs. I. Gallmeister ; adde, Civ. 2e, 14 avr. 2016, n° 15-17.413, D. 2016. 1779, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin ; RCA 2016. Comm. 225). Cela ne signifie toutefois pas que le préjudice soit présumé à partir de la seule preuve de l'exposition au risque. Il importe donc, nous semble-t-il, de ne pas prendre à la lettre l'affirmation générale de l'arrêt selon laquelle « constitue un préjudice indemnisable l'anxiété résultant de l'exposition à un risque de dommage ». La présomption de préjudice d'anxiété qui vaut en l'espèce pour l'exposition au DES ne vaudrait pas nécessairement dans d'autres situations d'exposition à risque. »

Le professeur J. Knetsch ([JCP G n° 24 du 2024, 783](#)) considère également que l'attendu de principe de cet arrêt est trop large : « Ici encore une formulation trop générale a de quoi donner le tournis. Alors qu'elle avait pris le soin auparavant de limiter le préjudice d'anxiété à certains contentieux (amiante, distilbène, sondes cardiaques) en s'abstenant de consacrer une règle générale, on peut ainsi lire dans l'arrêt du 18 octobre 2023 que « constitue un préjudice indemnisable l'anxiété résultant de l'exposition à un risque de dommage ». Il sera indispensable, nous semble-t-il, de corriger ce tir, sauf à vouloir transformer en nid à contentieux les sentiments de peur et d'angoisse qui résulteraient d'un simple risque de dommage causé par un tiers. »

En l'espèce, dans leurs conclusions d'appel (p.16), M. et Mme [X] [U] faisaient valoir, au soutien de leur demande au titre du préjudice d'anxiété, qu'« en dépit de l'achat, par eux, d'eau en bouteille, ils sont nécessairement confrontés à des situations de consommation de l'eau fournie au robinet de manière intermittente par la Société mahoraise des eaux. A cette occasion, ils entretiennent un sentiment d'inquiétude permanente généré [...] par le risque de déclarer à tout moment une maladie liée à l'exposition à une substance pathogène présente dans l'eau.

Ce risque sanitaire existe à l'occasion de la reprise du service de l'eau après des coupures (i) et de façon permanente compte tenu de la procédure de contrôle des eaux et de l'absence de disponibilité des résultats sur le site de l'ARS ou sur celui de la SMAE (ii).

Désormais ce risque est accru par la récente découverte de métaux lourds dans l'eau destinée à la boisson et à l'alimentation (iii). » Ils produisaient au soutien de leur demande des communiqués de presse de l'ARS, de la SMAE et du préfet ainsi que de Santé publique France décrivant les risques sanitaires auxquels la rupture d'approvisionnement en eau expose la population mahoraise.

Dans ses conclusions d'appel, la SMAE répliquait que :

- d'une part, le demandeur doit « justifier avoir été exposé de manière certaine à une substance toxique susceptible de générer un risque élevé de développer une pathologie grave. Tel n'est pas le cas des demandeurs qui se bornent à faire valoir qu'ils s'inquiètent de ce que potentiellement, et nonobstant les analyses de potabilité et les précautions prises

conformément aux instructions de la SMAE, ils sont susceptibles de s'exposer à des agents pathogènes.

A aucun moment les demandeurs ne justifient avoir été de manière certaine et prolongée exposés à des agents pathogènes susceptibles de les conduire à l'avenir à déclarer une maladie grave. » (p.49)

- d'autre part, la demande est infondée dès lors que la SMAE n'a pas manqué à son obligation contractuelle de fournir une eau présentant constamment les qualités imposées par la réglementation (p. 50 et suivantes).

Pour rejeter la demande formée au titre du préjudice d'anxiété, la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que les demandeurs avaient été exposés de manière certaine, du fait de la SMAE, à une substance toxique susceptible de générer un risque élevé de développer une pathologie grave.