UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile

De Rey, S.E.

Publication date
2020

Published in
Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle

Link to publication

Citation for published version (APA):
De Rey, S. E. (2020). La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile. In P. Wéry (Ed.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle* (pp. 129-212). (Commission Université Palais ; Vol. 198). Anthémis.

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:07 Dec 2025

CUP
Commission Université-Palais
Université de Liège

LES RAPPORTS ENTRE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ET RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE

Sous la direction de
Patrick Wéry

Sébastien De Rey, Céline Hélas, Thomas Malengreau,
Denis Philippe, Brecht Verkempinck

Volume 198

ANTHEMIS

Découvrez toutes nos publications
sur **www.anthemis.be**

La version en ligne de cet ouvrage est disponible sur la bibliothèque digitale Jurisquare à l'adresse www.jurisquare.be.

© 2020, Anthemis s.a. – Liège
Tél. 32 (0)10 42 02 90 – info@anthemis.be – www.anthemis.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre, par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Dépôt légal : D/2020/10.622/40
ISBN : 978-2-8072-0661-8

Mise en page : Communications s.p.r.l.
Couverture : Vincent Steinert
Impression : Snel
Imprimé en Belgique

Sommaire

1
Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle 7
Céline Hélas, assistante l'UCLouvain

2
La tierce complicité 57
Denis Philippe, professeur extraordinaire à l'UCLouvain, professeur visiteur à l'Université de Paris Ouest, avocat aux barreaux de Bruxelles et Luxembourg

3
La coexistence des responsabilités : état des lieux 87
Thomas Malengreau, avocat au barreau de Bruxelles, collaborateur scientifique à l'UCLouvain

4
La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile 129
Dr Sébastien De Rey, affilié au Centre pour la méthodologie juridique de la KULeuven, chercheur postdoctoral au Centre de droit chinois , et de droit comparé de la City University de Hong Kong

5
Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle : l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel 213
Dr Brecht Verkempinck, chargé de cours invité à l'UCLouvain, juriste linguiste au Parlement européen

4

La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile

Dr Sébastien De Rey*

affilié au Centre pour la méthodologie juridique de la KUL
chercheur postdoctoral au Centre de droit chinois
et de droit comparé de la City University de Hong Kong

Sommaire

Introduction 130

Section 1
Définition des termes 133

Section 2
Fondement légal 143

Section 3
Régime juridique 164

Section 4
Acteurs de la réparation en nature 193

Conclusion 211

* Je tiens à remercier le professeur Patrick Wéry pour son encouragement et Kenny Troch pour sa relecture attentive.

Introduction

1. La popularité des dommages et intérêts. Selon Antoine de Saint-Exupéry, « être homme, c'est précisément être responsable »[1]. En effet, en matière civile, la responsabilité entraîne un effet qui se trouve au cœur de notre système juridique : l'obligation de réparer le dommage qui incombe au responsable. Pour la mise en œuvre de cette obligation dite fondamentale, tant en matière contractuelle que dans le domaine extracontractuel, les juristes font souvent instinctivement appel aux dommages et intérêts, c'est-à-dire une réparation pécuniaire. Ce n'est pas totalement à tort, car les dommages et intérêts offrent effectivement un certain nombre d'avantages.

Tout d'abord, les dommages et intérêts constituent très souvent la façon la plus simple de mettre fin au litige[2]. En effet, les dommages et intérêts évitent généralement de nouveaux litiges (et des coûts supplémentaires) qu'aurait engendrés une réparation en nature potentielle. Les dommages et intérêts libèrent les parties immédiatement les unes par rapport aux autres. Par ailleurs, une condamnation à des dommages et intérêts est généralement facile à faire exécuter, par le biais de la saisie conservatoire ou exécutoire[3]. En outre, les dommages et intérêts présentent l'avantage pour le créancier de lui permettre de disposer librement de la somme d'argent obtenue en tant que dommages et intérêts[4]. En effet, cette somme d'argent donne au créancier la liberté de choisir ce qu'il veut faire de l'indemnisation : réparer le dommage, partir en vacances, assister à un concert, mettre l'argent sur un compte d'épargne, etc.

2. Les avantages d'une réparation en nature. Toutefois, si la réparation du dommage prend le plus souvent la forme de dommages et intérêts, il arrive que le dommage puisse s'indemniser autrement, c'est-à-dire d'une manière dite non pécuniaire. Une notion revient régulièrement pour englober

---

1 Voy. *Terre des hommes*, Paris, Gallimard, 1939, ch. II.

2 Par exemple, voy. R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, coll. Les Novelles. Droit civil, V/2, Bruxelles, Larcier, 1962-1967, p. 752, nº 4178 ; J. Ronse, éd. par L. De Wilde, A. Claeys et I. Mallems, *Schade en schadeloosstelling*, t. 1, coll. A.P.R., Gand, Story-Scientia, 1988, pp. 212 à 213, nº 281 ; voy. ég. L. Cornelis, « De prijs van onwil, kippenvel en eerlijke schaamte », *in* I. Claeys (éd.), *Een kritische blik op zekerheden, prijsregulering en ontslag*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 106 (selon cet auteur, l'objectif de la responsabilité extracontractuelle étant de séparer les parties, la réparation en nature ne correspond pas à la finalité de la responsabilité extracontractuelle).

3 L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933, p. 24, nº 22.

4 Sur ce principe, voy. not. : Cass., 29 mai 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1431 ; Cass., 25 juin 1996, *Limb. Rechtsl.*, 1996, p. 221, obs. M. Geyskens, *Verkeersr.*, 1996, p. 254, obs. ; Cass., 12 novembre 1996, *Act. fisc.*, 1997, p. 3, *Arr. Cass.*, 1996, p. 1041, *Pas.*, 1996, I, p. 111, *R.W.*, 1996-1997, p. 1451 ; Cass., 13 mai 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 227, *Pas.*, 1997, I, p. 227, *R.W.*, 1998-1999, p. 601 ; Cass., 16 avril 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 597 ; Cass., 11 mai 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 855, *F.J.F.*, 2001, p. 553, *Fiscologue*, 2000, nº 756, p. 4, *Verkeersr.*, 2000, p. 339 ; voy. ég. la jurisprudence en matière de dommages aux véhicules et la T.V.A. (par exemple : Cass., 15 février 2010, *Fiscologue*, 2010, nº 1197, p. 12, *Pas.*, 2010, p. 455, *R.G.A.R.*, 2011, nº 14.761, *T.F.R.*, 2010, p. 631). Pour une application intéressante en matière contractuelle (contrat de bail), voy. J.P. Nivelles, 6 janvier 2017, *Res jur. imm.*, 2017, liv. 3, p. 185.

de telles mesures de réparation : « la réparation en nature »[5] (*herstel in natura*). La réparation en nature peut, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle, constituer une alternative utile aux dommages et intérêts, que ce soit pour le créancier, pour le débiteur ou même pour les deux parties[6].

La réparation en nature présente plusieurs avantages pour le créancier. Tout d'abord, si son intention est d'utiliser les dommages et intérêts pour réparer le dommage, la réparation en nature lui évite les soucis pratiques d'une réparation à réaliser sous sa propre direction. En effet, c'est le débiteur qui assume ceux-ci. De plus, la réparation en nature peut constituer, pour le créancier, une alternative utile aux dommages et intérêts lorsqu'un substitut n'est pas disponible sur le marché ou est difficile à trouver (par exemple, dans le cas de la destruction totale d'un bien unique[7]), et/ou lorsque des coûts de transaction élevés risquent de s'imposer si le créancier doit se procurer lui-même une alternative avec les dommages et intérêts[8]. Enfin, en matière contractuelle, certaines catégories de créanciers semblent prêtes à accorder plus d'importance à une réparation en nature qu'aux dommages et intérêts ; cela est notamment le cas pour les consommateurs[9]. En effet, il découle de leur statut juridique qu'ils se sont par définition engagés à utiliser, plus précisément à consommer, le bien ou le service, de sorte qu'au départ, ils ne sont pas intéressés par une compensation financière.

Les caractéristiques liées à la personne du débiteur peuvent, par ailleurs, rendre les dommages et intérêts inopportuns ou indésirables. Il en va ainsi en cas d'insolvabilité pécuniaire. La réparation en nature peut alors offrir une alternative intéressante. En effet, certaines formes de la réparation en nature ne dépendent pas de la solvabilité du débiteur, comme le jugement déclaratoire, la publication du jugement, le jugement valant acte, etc. (voy. *infra*, n°s 52 et s.). Il en va de même pour le débiteur qui dispose de certaines connaissances ou de qualités spéciales ou exceptionnelles. Du point de vue du débiteur professionnel, la réparation en nature peut également être utile. En effet, il ne paie, en cas de réparation en nature, que les frais internes (de production) de la réparation en nature, tandis que les dommages et intérêts sont généralement calculés en fonction des frais externes, c'est-à-dire le prix du marché de cette mesure de réparation en nature (par exemple, des dommages et intérêts calculés en fonction du coût des réparations)[10].

---

5 Sur cette terminologie, voy. S. De Rey, *Herstel in natura. Rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek*, coll. Recht & Onderneming, n° 51, Bruges, die Keure, 2019, pp. 15 à 17, n°s 21 à 23.

6 À ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 67 à 80, n°s 85 à 97 avec réf.

7 Voy. par exemple, Pol. Bruxelles, 8 novembre 2016, *J.J.P.*, 2017, liv. 2, p. 93 (l'endommagement d'un véhicule).

8 Par exemple : R.M. Cunnington, « The Inadequancy of Damages as a Remedy for Breach of Contract », *in* C.E.F. Rickett (éd.), *Justifying Private Law Remedies*, Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 116 à 117.

9 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 75 à 77, n° 92.

10 *Ibid.*, pp. 70 à 71, n° 88. Sur cette distinction, voy. en matière contractuelle : S. De Rey et Br. Verkempinck, « Wanprestaties in aanneming en vergoeding van herstelkosten of minderwaarden : kent u de principes nog ? », *T.B.O.*, 2019, pp. 370 et s.

En outre, la réparation en nature est utile lorsque l'octroi des dommages et intérêts nécessite un calcul complexe, voire impossible[11]. Prenons l'exemple du préjudice moral. Si le préjudice moral n'affecte pas le patrimoine du créancier, il s'exprime néanmoins en termes patrimoniaux par le biais des dommages et intérêts. C'est précisément pourquoi le créancier peut préférer une réparation en nature. En effet, des études empiriques, le plus souvent en matière extracontractuelle, indiquent qu'une victime d'un acte illicite peut attacher à cet égard plus d'importance à la réparation en nature qu'aux dommages et intérêts[12]. À titre d'illustration, on peut citer le cas d'une atteinte à la réputation, à l'identité ou à la dignité de la personne, telle que la discrimination ou la violation des droits de la personnalité. En l'espèce, la publication du jugement, une rectification, un droit de réponse ou même l'expression (forcée) des excuses peuvent fournir une réparation en nature adéquate (voy. *infra*, nº 32).

Enfin, d'un point de vue socio-économique, la réparation en nature devient également plus pertinente à la lumière de la tendance toujours croissante vers une consommation durable dans une économie circulaire. Contrairement aux dommages et intérêts, la réparation en nature peut parfois mieux contribuer à la réalisation des objectifs qui y sont attachés[13]. On notera que la réparation en nature prend également de l'importance dans le secteur des services. À titre d'exemple, on peut observer une telle tendance en droit des assurances. On y explore, en effet, de plus en plus les possibilités de faire réparer en nature le dommage assuré par l'assureur, par exemple, par des prestations de service[14].

3. Plan de l'étude. Tout comme le concept de la responsabilité civile, la notion de « réparation en nature » trouve son origine dans la responsabilité extracontractuelle et a ensuite été transposée, au fil du temps, en matière contractuelle. Ainsi, dans ma thèse de doctorat, consacrée à la réparation en nature, j'ai abordé la réparation en nature du dommage contractuel d'un point de vue extracontractuel[15].

---

[11] Ainsi, pour le Tribunal fédéral suisse, il s'agit d'un argument supplémentaire en faveur de la réparation en nature : voy. ATF, 21 mai 1981, 107 II 134, cons. 4 (« sie hat namentlich den Vorteil, dass sie die häufig komplizierte Berechnung des Schadens in Geld überflüssig macht »).

[12] Voy. not. R.M.E. Huver, K.A.P.C. Van Wees, A.J. Akkermans et N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid : een onderzoek naar behoeften, verwachtigen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, deel 1 : *Terreinverkenning*, La Haye, WODC, 2007, pp. 81 à 82 et A.J. Akkermans, L. Hulst, L. Claassen, A. Ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. Van Wees et D.J. Bruinvels, *Slachtoffers en aansprakelijkheid : een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, deel 2 : *Affectieschade*, La Haye, Boom Lemma, 2015, pp. 27 et 97 à 98.

[13] Voy. not. S. Jansen, « Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop : EU *vs* VS », *T.P.R.*, 2017, pp. 194-196, nº 12 ; E. Terryn, « A Right to Repair ? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law », *in* B. Keirsbilck et E. Terryn (éd.), *Consumer protection in a circular economy*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 127 et s. ; voy. ég. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 77, nº 92.

[14] Voy. S. De Rey, « Verzekeringspresetaties *in natura* : mogelijkheden en grenzen », *T. Verz.-Bull. ass.*, 2018, pp. 435 à 452 ; voy. ég. P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *in Le dommage corporel et sa réparation*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 85 et s.

[15] S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, 927 p.

À vrai dire, la réparation en nature en matière contractuelle s'est largement alignée sur l'acquis en matière extracontractuelle. C'est pourquoi la présente contribution examine les deux ordres de la responsabilité civile ensemble. On commencera par la définition de la réparation en nature et la distinction avec les autres condamnations non pécuniaires qui se présentent dans le domaine contractuel ou extracontractuel (section 1, voy. n°s 4 et s.). Ensuite, on examinera son fondement légal dans les deux ordres de la responsabilité civile (section 2, voy. n°s 12 et s.) et son régime juridique qui, en réalité, ne dépend pas de la nature de la responsabilité civile (section 3, voy. n°s 25 et s.). Enfin, à titre d'exemple, quelques applications seront identifiées, illustrées par la jurisprudence récente et structurées en fonction des différents acteurs qui peuvent effectuer la réparation en nature (section 4, voy. n°s 38 et s.).

Section 1
Définition des termes

4. Nécessité d'une démarcation claire. Pour reprendre la conclusion de Jacques-Henri Robert dans sa thèse consacrée aux sanctions prétoriennes en droit privé, « certains concepts légaux, comme, par exemple, l'obligation de réparer, sont si mal définis dans leur contenu et leurs conditions, qu'ils peuvent servir de justification à un grand nombre de sanctions non expressément prévues par la loi »[16]. Cette constatation vaut également pour la réparation en nature.

En effet, en matière contractuelle, nombreux sont les auteurs qui voient dans la réparation en nature (*herstel in natura*) un simple synonyme de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle inexécutée (*uitvoering in natura*). En ce qui concerne le domaine de la responsabilité extracontractuelle, la réparation en nature fait figure de concept mal dégrossi, qui sert de prétexte aux sanctions non pécuniaires les plus diverses. Cette notion semble y être un synonyme de toute condamnation non pécuniaire[17]. Ainsi, la réparation en nature est conçue comme un concept légal élastique qui, en l'absence de démarcations claires, permet d'innombrables condamnations[18]. Cette interprétation élastique expose le débiteur à tout type de condamnation. Elle risque de mener à des

[16] J.-H. Robert, *Les sanctions prétoriennes en droit privé français*, thèse Paris II, 1972, p. 257.

[17] Voy. not. à ce propos les nombreux exemples divers : P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 89 et s., n° 85 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 17-20, n° 24.

[18] Voy. not. H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Sirey, 1934, t. I, pp. 102 à 103, n° 100, et t. III, p. 348, n° 2303. Également avec une interprétation extensive, voy. not. H. Bocken, I. Boone et M. Kruithof, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, die Keure, 2014, p. 203, n° 330 (mais avec la distinction « rechterlijk verbod en bevel » : voy. n° 356) ; J. Dabin, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième » (obs. sous Cass., 30 janvier 1965), *R.C.J.B.*, 1966, pp. 88 à 89, n° 4 ; R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 745, n°s 4150, 4153 et 4159 ; E. Dirix, *Het begrip schade*, Anvers, Maklu, 1984, p. 49, n° 58 ; P.A. Foriers, « Aspects du dommage et du lien de causalité », *in Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruxelles,

condamnations arbitraires et affaiblit la sécurité juridique. C'est pourquoi nous avons défendu, dans la logique d'une tendance récente[19], une interprétation plus étroite de la réparation en nature[20].

La réparation en nature *sensu stricto* n'est qu'un exemple de condamnation non pécuniaire parmi d'autres. De cette manière, la réparation en nature est ramenée à sa juste dimension. La réparation en nature se distingue d'autres mesures dont dispose le créancier, mais qui sont, à l'heure actuelle, qualifiées, à tort, de mesures de réparation en nature ou qui sont appliquées, à tort, en tant que mesures de réparation en nature. À bien y regarder, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle, les sanctions non pécuniaires ne poursuivent pas toutes la même finalité : si certaines visent à réparer le dommage, d'autres poursuivent un autre objectif, tel que celui de mettre fin à une situation illicite ou de prévenir la réalisation d'un dommage. À l'instar du droit comparé, la distinction entre les mesures de rétablissement (A) (voy. n°s 5 et s.) et les mesures de réparation (B) (voy. n°s 8 et s.) s'est avérée fondamentale.

A. Les mesures de rétablissement

5. Principe : respect des règles de droit. Chaque système juridique s'appuie sur le principe selon lequel les règles de droit doivent être respectées. Ainsi, tout système juridique tente en premier lieu de mettre un terme à la violation d'une règle de droit. Autrement dit : le fait d'imposer le respect de la règle de droit met fin à la violation de cette règle[21]. Ainsi, il ne s'agit pas de réparer *le dommage*, mais de redresser *la faute*. Le redressement de la faute rétablit la partie lésée dans ses droits initiaux. C'est pourquoi on ne parle pas, à cet égard, de réparation du dommage (*schadeherstel*), mais de *rétablissement* (*rechtsherstel*). Pour les obligations contractuelles inexécutées, le rétablissement se traduit par l'*exécution en nature* (voy. *infra*, n° 6), et pour les devoirs violés par la *cessation de l'illicite* (voy. *infra*, n° 7).

Bruylant, 2014, pp. 44 à 45, n°s 34 et s.; J. Ronse, éd. par L. De Wilde, A. Claeys et I. Mallems, *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, pp. 220 à 224.

19 Voy., par exemple, déja : H. Bocken, « Herstel *in natura* en rechterlijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatiearrest van 26 juni 1980 », *in Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, pp. 493 et s.; Fr. Delpérée, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration » (obs. sous Cass., 26 juin 1980), *R.C.J.B.*, 1983, pp. 177 et s.; voy. depuis lors : P. Wéry, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle » (obs. sous Liège, 8 juin 1993), *J.T.*, 1995, pp. 429 et s.; P. Wéry, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », *in* B. Dubuisson et P. Jourdain (éd.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2015, pp. 59 et s.; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles – Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 94, n°s 89 et 96. Confirmé notamment par Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 469, n° 278 ; P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 85 et s.

20 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 20 à 63, n°s 25 à 80.

21 *Ibid.*, pp. 25 à 26, n° 33.

6. Exécution (forcée) en nature en matière contractuelle. L'exécution en nature (*uitvoering in natura*) consiste dans le respect de ce que le contrat impose aux parties. Il s'agit de redresser la faute que constitue l'inexécution contractuelle. En effet, imposer l'exécution en nature du contrat, plus précisément de l'obligation contractuelle inexécutée, supprime l'inexécution contractuelle. C'est pourquoi on ne parle pas de réparation du dommage, mais de redressement de la faute. En d'autres termes : en vertu de l'exécution forcée, le débiteur paie au sens des articles 1235 à 1270 du Code civil exactement ce à quoi il s'est contractuellement engagé au sens des articles 1134 à 1135 du Code civil. Le créancier à son tour, obtient exactement l'objet de l'obligation contractuelle inexécutée[22]. Ainsi, en ce qui concerne l'exécution en nature, il s'agit clairement d'une *fonction payante* plutôt qu'indemnitaire. Par conséquent, l'exécution en nature est de règle (voy. *infra*, n° 28).

7. Cessation de l'illicite en matière extracontractuelle. En matière extracontractuelle, il est classique de considérer la réparation en nature comme le pendant de l'exécution en nature tel qu'il ressort du domaine contractuel. Toutefois, cette assimilation repose sur une confusion entre les mesures de *rétablissement* (y compris l'exécution en nature) et les mesures de *réparation* (y compris la réparation en nature). À vrai dire, le pendant de l'exécution en nature des obligations contractuelles ne constitue pas la réparation en nature, mais la *cessation de l'illicite*[23].

En effet, de nombreuses normes de conduite découlent du droit objectif : par exemple, on ne peut pas détruire la propriété d'autrui ; on ne peut pas construire en dehors de la limite de la parcelle ; on ne peut pas agir en violation du devoir général de diligence sous-jacent à l'article 1382 du Code civil, etc. Ces normes de conduite sont des *devoirs* (*rechtsplichten*). Cette notion n'est pas

[22] *Ibid.*, p. 28, n° 37 ; voy. ég. J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *in* J.-Fr. Romain (coord.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, coll. UB[3], Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 109 et s.; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, p. 331, n° 239 ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Diegem, Kluwer, 1993, p. 138 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 567, n° 595. Pour le droit français, voy. par exemple I. Alvarez, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 381, n° 855 ; J. Coulet, *L'exécution forcée en nature*, thèse, Villeneuve d'Ascq, A.N.R.T., 2007, p. 282, n° 262 ; M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 137.

[23] S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 36 à 48, n°s 47 à 61.

(encore) très connue en droit belge[24], contrairement à d'autres droits étrangers[25]. Toutefois, elle offre un point de départ pour affiner les sanctions extracontractuelles[26]. En effet, le juge peut, par analogie avec l'exécution en nature des obligations contractuelles, imposer le respect d'un devoir extracontractuel prescrit par la loi, par une réglementation ou par le devoir général de diligence. Il s'agit de la *cessation de l'illicite*[27] (parfois comme mesure de rétablissement[28], *rechterlijk bevel of verbod*[29] ou *stopzetting van de onrechtmatige toestand*). En d'autres termes, la situation illicite, c'est-à-dire la violation du devoir extracontractuel, cesse d'exister, tout comme l'exécution en nature fait cesser l'inexécution contractuelle. À titre d'exemple de cessation de l'illicite en matière extracontractuelle, on pense à la condamnation à démolir une structure construite irrégulièrement ou à l'action en cessation, par exemple, en cas de concurrence déloyale ou d'utilisation irrégulière d'une marque. L'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980 propose, à cet égard, une illustration intéressante[30].

Cet arrêt a trait à un mur de séparation entre une caserne de l'État belge et ses voisins. Ce mur se caractérisait par la présence de vues, de prises d'aération et d'une corniche. En violation de l'article 628 du Code civil, les vues et prises d'aération du mur donnaient sur la propriété du voisin et la corniche la surplombait. En tant que propriétaire de la caserne, l'État proposait des dommages

---

24 Voy. déjà, par exemple, H. Bocken, « Nog iets over inbreuk op recht ? », *in Liber amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, pp. 190 et s.; C. Cauffman, « Het begrip verbintenis », *in Comm. Bijz. Ov.*, Malines, Kluwer, 2004, pp. 4 à 7, nos 7 à 11 ; Th. Léonard, « Réflexions sur la contractualisation des devoirs légaux et la notion d'obligation contractuelle », *in* S. Stijns et P. Wéry (éd.), *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 193-194, no 6 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, p. 32 ; Br. Weyts, « Punitieve elementen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », *in* J. Rozie, A. Van Oevelen et S. Rutten (éd.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 180-182.

25 Par exemple, pour les Pays-Bas, voy. not.: J. Hage, « Rechtsplichten, verbintenissen en schadevergoeding bij rechtmatige daad », *N.T.B.R.*, 2006, p. 39 ; C.H. Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen*, Asserserie, 6-I, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, no 8 ; A.W. Jongbloed, « Artikel 296. Vordering tot nakoming », *in GS Vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, ann. 2 ; C.J.J.C. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 8, no 6.

26 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 36 à 37, nos 47 à 48.

27 Par exemple Br. Barry, *La réparation en nature*, Toulouse-Paris, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole-L.G.D.J., 2016, p. 241, no 212 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Paris, Dalloz, 2008 ; F. Leduc, « Régime de la réparation – Modalités de la réparation », *J.-Cl. Civil Code*, art. 1382-1386, 2014, no 26 ; M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 209 ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1951, pp. 169 à 170, no 594 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, « Les effets de la responsabilité », *in* J. Ghestin (éd.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 47, no 28 et p. 107, nos 80 et s.

28 Voy., par exemple, P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 101, no 97.

29 Voy. not. H. Bocken, « Herstel *in natura* en rechterlijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatiearrest van 26 juni 1980 », *op. cit.*, p. 500, nos 10 et s.; H. Bocken, I. Boone et M. Kruithof, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, *op. cit.*, pp. 215 à 216, nos 356 à 357 ; E. Dirix, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 50, no 62 ; J. Ronse, éd. par L. De Wilde, A. Claeys et I. Mallems, *Schade en schadelooosstelling*, *op. cit.*, p. 223, no 302. Pour les Pays-Bas, voy. not. C.J.J.C. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, *op. cit.*

30 *Arr. Cass.*, 1979-1980, p. 1365, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, concl. av. gén. M. Velu, *J.T.*, 1980, p. 707, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, obs. Fr. Delpérée, *R.W.*, 1980-1981, p. 1661, obs.

et intérêts, mais les voisins n'étaient pas intéressés par ceux-ci. Les voisins ont obtenu la fermeture des vues et des prises d'aération, ainsi que la démolition de la corniche en surplomb. Cette condamnation visait clairement à faire respecter ce que le droit objectif impose au propriétaire de la caserne. Il s'agit donc d'un cas de cessation de l'illicite.

Cette fonction non (purement) indemnitaire de la responsabilité extracontractuelle a été codifiée en droit néerlandais à l'article 3:296 du N.B.W., sous l'influence de la thèse remarquable de Constant Van Nispen[31]. En droit français, on retrouve la même idée à l'article 1266 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, inspiré par la thèse remarquable de Cyril Bloch[32]. Cet article dispose que :

« En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ».

Le droit belge n'en est pas encore là[33], mais à la suite d'Hubert Bocken[34] et de Patrick Wéry[35], la thèse de Thierry Léonard[36] est un pas important dans cette direction. En effet, cet auteur a démontré, pour les atteintes aux droits subjectifs, que la sanction ne réside pas dans la responsabilité extracontractuelle, mais dans le fait d'imposer leur opposabilité aux tiers. La sanction de l'opposabilité du droit subjectif se traduit, à l'égard de son titulaire, par l'inopposabilité des actes matériels ou juridiques accomplis en méconnaissance du droit subjectif. Ainsi, ce titulaire peut exiger en justice la cessation de l'atteinte au droit subjectif. En outre, si la violation du droit subjectif constitue une faute extracontractuelle et cause un dommage à son titulaire, ce dernier peut également demander réparation en vertu des articles 1382 à 1383 du Code civil[37]. Dans la doctrine récente, cette fonction autonome du droit de la responsabilité est de plus en plus établie[38].

---

31 C.J.J.C. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, *op. cit.*

32 C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit.*

33 Voy. not. quelques dispositions spécifiques : art. 1er de la loi 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement ; art. 6.1.41 du Code flamand de l'aménagement du territoire ; art. 16.6.6 du décret flamand contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement ; et art. VI.104, VI.125 et XI.334 du Code de droit économique ; voy. à ce sujet S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 38 à 40, nos 50 à 54.

34 H. Bocken, « Herstel *in natura* en rechterlijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatiearrest van 26 juni 1980 », *op. cit.*, p. 500, nos 10 et s. Du même auteur : *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 146, nos 91 et s.

35 P. Wéry, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 429 et s. Du même auteur, voy., par exemple : « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », *op. cit.*, pp. 59 et s.

36 Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, 894 p.

37 *Ibid.*, p. 380, nos 226 et s. et p. 468, nos 277 et s.

38 Voy., depuis lors, par exemple : P. Wéry, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », *op. cit.*, pp. 59 et s. ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 94, nos 89

B. Les mesures de réparation

8. Principe : fonction indemnitaire. Le rétablissement de l'état antérieur n'est pas toujours possible. Dans ce cas, la seule chose que la victime puisse poursuivre, c'est la réparation du dommage qu'elle subit à cause de la violation de l'obligation contractuelle ou du devoir légal. Cela ne supprime pas la faute (l'inexécution contractuelle ou la violation du devoir légal), mais se borne à réparer le dommage causé par la violation. C'est pourquoi on ne peut parler d'une mesure de rétablissement (redressement de la faute), mais « seulement » d'une mesure de *réparation* du dommage[39]. La réparation indemnise la victime du dommage, le rétablissement supprime la violation d'une règle juridique. Contrairement au rétablissement, la réparation n'a donc point de fonction payante ou satisfactoire (*betalende functie*), mais « seulement » une fonction indemnitaire ou compensatoire (*vergoedende functie*)[40].

9. Réparation « pécuniaire » ou « en nature ». Conceptuellement, la réparation du dommage est envisageable sous deux formes : en nature (réparation en nature ou *herstel in natura*) ou en argent (dommages et intérêts ou *schadevergoeding*).

Généralement, la réparation en nature est opposée aux dommages et intérêts en ce qu'elle constitue une mesure « non pécuniaire »[41]. Dans la plupart des cas, cette opposition est exacte, mais elle s'avère parfois trop absolue. Aussi bizarre que cela puisse paraître, le paiement d'une somme d'argent peut constituer une forme de réparation en nature[42]. En effet, la distinction entre la réparation en nature et les dommages et intérêts s'avère plus fondamentale.

L'exemple du dommage aux biens peut l'illustrer. Un tel dommage affecte toujours « quelque chose », c'est-à-dire un élément du patrimoine. Ainsi, le dommage peut porter sur l'existence même d'une chose (ordre ontologique)

et 96 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 36 à 48, n°s 47 à 61 ; P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 85 et s.

39 Voy. not. M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, pp. 255 à 256. Repris notamment par Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 1983, n° 375 ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pp. 109 à 110 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 331, n° 239 ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, p. 138, n° 104.

40 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 26, n° 34.

41 Voy. not. R.O. Dalcq, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial belge », *in Travaux de l'association Henri Capitant*, vol. XVII, Paris, Dalloz, 1964, p. 77 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 729, n° 115 ; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, t. 1, Bruges, die Keure, 2016, p. 172, n° 242 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 97, n° 93.

42 Voy. not. : Cass., 22 janvier 2007, R.G. n^os^ S.04.0088.N et S.05.0095.N, *Arr. Cass.*, 2007, p. 150, *J.T.T.*, 2007, p. 481, obs. F. Lagasse et M. Palumbo, *Pas.*, 2007, p. 128, *R.C.J.B.*, 2008, p. 168, obs. F. Kéfer, *Chron. D.S.*, 2008, p. 443 ; Cass., 3 avril 2017, R.G. n° S.16.0039.N, *J.T.T.*, 2017, p. 293, *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, obs. P. Dion et Y. Stevens, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1892, obs. P. Wéry. À ce propos : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 62-63, n°s 78-79, et p. 491 et s., n°s 582 et s. ; voy. ég. P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 85 et s.

et/ou sur la valeur d'une chose (ordre axiologique)[43]. Les dommages causés à un élément du patrimoine comprennent donc non seulement les modifications matérielles ou factuelles aux biens (*zijnsschade*), mais aussi la perte de valeur résultant de ces modifications (*waardeverlies*). Face à cette dichotomie d'ordres dommageables, deux formes d'indemnisation différentes trouvent à s'appliquer : d'une part, la réparation en nature qui répare les modifications matérielles ou factuelles, ou d'une manière plus générale, le dommage causé à l'essence de la chose endommagée et, d'autre part, les dommages et intérêts qui ne compensent que la perte de valeur. La réparation en nature protège la composition concrète du patrimoine en y apportant des modifications non seulement financières, tandis que les dommages et intérêts ne protègent que le solde total du patrimoine. Ainsi, la réparation en nature est une *forme d'indemnisation qui répare non seulement la perte de valeur, mais (aussi) le dommage à l'essence*[44].

Voici quelques illustrations de la réparation en nature en matière contractuelle et extracontractuelle.

A. En *matière extracontractuelle*, l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2011 en fournit un exemple intéressant[45]. En l'espèce, la ville de Namur avait commandé en 1950 une sculpture en pierre à placer devant le casino. En 1980, la ville enlève la sculpture pour des travaux de rénovation, mais ne la remet jamais en place. En 1985, l'artiste retrouve sa sculpture dans le jardin du père de l'entrepreneur qui avait réalisé les travaux à l'époque. Malheureusement, la sculpture est irrémédiablement endommagée. La ville, tenue responsable, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, du non-respect des droits moraux de l'artiste, propose de payer des dommages et intérêts. Cependant, l'artiste ne s'en contente pas. Il obtient la condamnation de la ville à payer des dommages et intérêts symboliques de 1 euro et à réaliser une nouvelle sculpture, basée sur l'œuvre d'art initiale – mais en bronze cette fois – à placer dans un lieu public de prestige équivalent. Cette condamnation ne replace pas l'artiste préjudicié dans la situation initiale (pas de mesure de rétablissement), mais constitue une mesure de réparation, non pas en argent, mais en nature.

Dans une affaire qui concernait l'endommagement d'un véhicule, il a été jugé que, s'il n'existe pas de véhicule équivalent sur le marché de l'occasion en raison de la nature spécifique de la voiture, une perte économique totale ne peut être acceptée mais la réparation du dommage consiste en la réparation du véhicule[46].

---

43 Voy. ég. E. Dirix, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 17, nos 5 et 27 ; J. Viaene, « Evaluatie van de gezondheidsschade », *in Schade aan de mens*, t. III, Anvers, Kluwer, 1976, pp. 393 à 396.

44 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 59 à 61, nos 74 à 77.

45 Cass., 5 mai 2011, R.G. no C.10.0496.F, *Arr. Cass.*, 2011, p. 1157, *Pas.*, 2011, p. 1272, concl. av. gén. A. Henkes, *A. & M.*, 2012, p. 437, *I.C.I.P.*, 2011, p. 50, *R.C.J.B.*, 2012, p. 363, obs. L. Van Bunnen, *R.G.A.R.*, 2012, no 14.846, obs. N. Estienne, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, obs. P. Wéry.

46 Pol. Bruxelles, 8 novembre 2016, *J.J.Pol.*, 2017, liv. 2, p. 93.

La réparation en nature est possible non seulement pour le dommage patrimonial, mais également pour le préjudice extrapatrimonial. Ainsi, à titre de réparation en nature du préjudice moral, les mesures suivantes ont été acceptées en matière extracontractuelle : la publication d'un jugement[47], la publication d'un droit de réponse[48], la publication d'une rectification[49], l'anonymisation dans une publication disponible en ligne[50], ou encore, le transfert d'un nom de domaine utilisé pour ternir la réputation de la victime[51].

Pour la réparation en nature du dommage découlant d'une *culpa in contrahendo* ou d'un refus abusif de contracter[52], ce qui engage également la responsabilité extracontractuelle, il a été défendu qu'une obligation de (re)négocier[53], ou même une obligation de contracter[54], sont envisageables.

B. En *matière contractuelle*, l'arrêt *Courage* de la Cour de cassation française fournit un exemple connu[55]. En l'espèce, les maîtres d'ouvrage avaient identifié des défauts à une construction qui, en raison d'une supervision inadéquate de l'architecte, ne pouvaient être attribués à l'entrepreneur, mais seulement à l'architecte. Ainsi, le juge du fond avait condamné l'architecte à effectuer des travaux de réparation. Dans son pourvoi en cassation, l'architecte faisait cependant valoir que ses obligations contractuelles se limitaient à la conception des plans de construction et à la supervision des travaux. Il n'était contractuellement pas obligé d'effectuer les travaux. La Cour de cassation française a rejeté ce moyen. En effet, si la condamnation ne pouvait être fondée sur l'exécution en nature, elle n'était pas exclue en tant que mesure de réparation en nature[56].

Un couple décide de louer une maison de vacances auprès d'un organisateur de voyages. Deux jours avant le départ prévu, l'organisateur informe les clients que la maison de vacances a été surbookée et que le séjour ne pourra avoir lieu. La première option est d'accorder des dommages et intérêts. Cela signifierait que les clients resteront à la maison mais, s'ils le souhaitent, ils peuvent utiliser cette indemnisation pécuniaire pour réserver une autre maison de vacances. La seconde option est une réparation en nature. L'organisateur de voyages doit,

---

47 Voy. par exemple, Bruxelles, 1re ch., 14 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 92 ; Civ. Anvers, 1re ch., 15 mai 1975, *R.W.*, 1975-1976, p. 2018, obs. J. Corbet ; Civ. Gand, 1re ch., 19 novembre 2003, *A. & M.*, 2004, p. 384.

48 Voy. par exemple Bruxelles, 2e ch., 3 avril 2003, *R.G.A.R.*, 2004, nº 13.909, *A. & M.*, 2003, p. 303, obs. F.J.

49 Voy. par exemple Anvers, 25 septembre 2005, *R.G.D.C.*, 2001, p. 618.

50 Voy. par exemple Bruxelles, 20e ch., 4 février 2016, *J.T.*, 2016, p. 710.

51 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 412, nº 501.

52 Voy. not. Cass., 7 octobre 2011, R.G. nº C.10.0227.F, *R.W.*, 2012-2013, p. 11811, obs. S. Stijns et S. Jansen, *R.G.D.C.*, 2012, p. 490, obs. A. De Boeck.

53 Voy. S.C.J.J. Kortman, « Dooronderhandelen, contracteren of presteren », *W.P.N.R.*, 1996, pp. 163-164.

54 Par exemple, voy. GiEA Curaçao, 11 décembre 2017, *N.J.F.*, 2018/68 ; I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Deventer, Kluwer 2005, pp. 306-307. À ce sujet, voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 781 et s.

55 Cass. fr., 3e ch. civ., 28 février 1969, nº 67-10.996, *Bull. civ.*, 1969, III, nº 182.

56 À ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 414 à 417, nos 503 à 505 (avec une transposition pour le droit belge).

dans ce cas, fournir un logement alternatif à ses propres frais. Il peut s'agir soit d'une maison de vacances équivalente, soit d'un hôtel ou une chambre d'hôtes à proximité. Le logement alternatif constitue un équivalent en nature pour le séjour initialement promis. C'est une compensation non pécuniaire. Il ne s'agit donc pas de dommages et intérêts. Ce n'est pas non plus une forme d'exécution en nature. En effet, l'organisateur de voyages ne fournit pas l'objet de l'obligation inexécutée (séjour dans la maison de vacances réservée), mais une prestation autre que celle initialement convenue (séjour dans un logement alternatif). Il s'agit d'une réparation en nature pour l'inexécution contractuelle.

10. Importance de la distinction par rapport aux autres mesures non pécuniaires. La réparation en nature ne doit donc pas être confondue avec l'exécution en nature ou la cessation de l'illicite. En droit belge, la distinction entre les différentes mesures non pécuniaires n'est pas toujours bien faite, et bien à tort. La réparation en nature est utilisée trop souvent comme fondement légal pour justifier la cessation de l'illicite ou des mesures préventives.

Ainsi, la Cour de cassation considère que « la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et si elle ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit ; que le juge a donc, en règle, le pouvoir de l'ordonner, notamment en prescrivant à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice »[57].

La confusion s'avère complète. Par exemple, la condamnation de l'État, en tant que propriétaire de la caserne, à boucher les vues et prises d'aération (voy. *supra*, n° 7) était fondée sur la réparation en nature, alors qu'il s'agissait clairement d'une cessation de l'illicite. En doctrine et jurisprudence de fond également, la cessation de l'illicite est souvent conçue comme une réparation en nature[58].

Par exemple, le tribunal de Liège a récemment considéré que « le principe est celui de la réparation en nature […]. Ainsi, la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et si elle ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit. Le juge a donc, en

[57] Voy. not. : Cass., 20 janvier 1993, *Arr. Cass.*, 1993, p. 74, *Pas.*, 1993, I, p. 67, *J.L.M.B.*, 1993, p. 635 ; Cass., 21 avril 1994, R.G. n° C.93.0225.F, *Arr. Cass.*, 1994, p. 392, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass., 29 juin 2000, R.G. n° C.98.0530.F, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1245, *A. & M.*, 2000, p. 443, obs. E. Brewaeys, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, obs. Fr. Jongen, *Journ. proc.*, 2000, p. 25, obs. Fr. Tulkens et A. Strowel, *R. Cass.*, 2001, p. 35, obs. D. Voorhoof, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.473.

[58] Voy., par exemple, avec une interprétation large de la réparation en nature, y compris la cessation de l'illicite : J. Dabin, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième », (obs. sous Cass., 30 janvier 1965), *R.C.J.B.*, 1966, p. 88, n° 4 ; R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 747, n° 4259 ; E. Dirix, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 50, n° 62 ; J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, pp. 223-224, n°s 302 et s. ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 462 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, pp. 1651-1653, n° 1120.

règle, le pouvoir de l'ordonner notamment en prescrivant à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire *cesser* l'état de choses qui cause le préjudice »[59].

Le tribunal civil de Flandre-Orientale nous fournit un autre exemple[60]. En l'espèce, une commune avait commis une faute extracontractuelle en colorant, sur un plan général d'aménagement, une zone d'habitat comme une zone destinée aux équipements utilitaires. La commune concernée avait également commis une faute en n'entreprenant aucune démarche pour rectifier cette erreur après l'avoir constatée. Selon le tribunal, le dommage causé par la coloration fautive d'une parcelle de terrain sur un plan d'aménagement peut être réparé au mieux par une réparation en nature, c'est-à-dire par l'établissement d'un nouveau plan d'exécution spatial communal où la parcelle en question est colorée correctement. Toutefois, il s'agit plutôt d'une cessation de l'illicite (redressement de la faute) que d'une réparation en nature (réparation du dommage).

Néanmoins, la cessation de l'illicite (en tant que forme de rétablissement : *fonction satisfactoire*) et la réparation en nature (en tant que forme de réparation : *fonction indemnitaire*) constituent des fonctions intrinsèques distinctes de la responsabilité civile. Ayant des fonctions différentes, ces mesures doivent répondre à des régimes juridiques différents. À cet égard, le droit belge a encore du travail devant soi. Par ailleurs, la distinction entre la réparation en nature et les autres mesures non pécuniaires n'est pas sans importance pratique. Elle a des répercussions importantes pour les conditions de fond et la hiérarchie des remèdes. En effet, une mesure de réparation requiert que la preuve d'un dommage soit apportée, alors qu'une mesure de rétablissement – qui ne vise pas à réparer le dommage mais à redresser la faute – n'est pas soumise à cette exigence (voy. *infra*, n°s 25 et s.).

11. Critères de distinction : l'exécution en nature *versus* la réparation en nature. Sur le plan conceptuel, la distinction entre les différents remèdes non pécuniaires est claire, mais en pratique, elle est parfois très difficile à cerner. La distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature n'est pas toujours facile à opérer, en particulier en matière contractuelle. En effet, cette distinction subtile conduit souvent à des discussions quand il s'agit de litiges relatifs aux contrats d'entreprise : un entrepreneur qui effectue des réparations en raison de défauts matériels dans le bâtiment, fournit-il une mesure d'exécution en nature ou de réparation en nature ?

À l'instar de certains auteurs français[61], nous défendons, à cet égard, l'application d'un critère de distinction satisfactoire et matériel : si le créancier obtient

59 Civ. Liège, section de Namur, 4e ch., 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

60 Civ. Flandre-Orientale, division de Gand, 1re ch., 15 mai 2017, *R.W.*, 2019-2020, liv. 9, p. 311.

61 Par exemple, Br. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, pp. 177-178, n° 146 ; J. Coulet, *L'exécution forcée en nature*, *op. cit.*, p. 311, n° 90 ; P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, thèse, Paris I, 2000, n° 373 ; J. Huet, G. Decoq, C. Grimaldi et H. Lecuyver, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 2012, n° 32293 ; E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2016, pp. 203-204, n° 177 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 83, n° 57 ; L.-Fr. Pignarre, *Les*

un avantage différent de celui que l'obligation inexécutée devait procurer ou si la prestation destinée à fournir cet avantage diffère de celle initialement prescrite, il s'agit d'une mesure de réparation en nature[62]. La réparation en nature se caractérise ainsi par la fourniture au créancier de *quelque chose de différent* de ce que l'exécution en nature lui aurait procuré. Autrement dit, la prestation effectuée à titre de réparation en nature a toujours un *caractère externe* par rapport à l'obligation contractuelle inexécutée[63].

À titre d'exemple, on peut évoquer à un arrêt de la Cour de cassation française relatif à la construction d'une salle de bains au-dessus d'une chambre à coucher en violation du cahier des charges. Le bruit de la salle de bains perturbait sérieusement le sommeil des habitants. L'exécution en nature consisterait à démolir la salle de bains et à la reconstruire au bon endroit. Cependant, il a été considéré qu'une telle sanction serait abusive et, par conséquent, l'entrepreneur a été condamné à installer une isolation acoustique, alors même que cette prestation était étrangère aux travaux prévus dans le contrat[64]. Il ne s'agit donc pas d'une exécution en nature, mais d'une réparation en nature. L'obligation de réparation de l'entrepreneur peut ainsi, selon les cas, être qualifiée de mesure d'exécution en nature ou de réparation en nature. La qualification dépend de la question de savoir quels travaux de réparation (c'est-à-dire : quelles prestations) sont nécessaires pour remédier aux défauts reprochés et quels travaux de réparation (c'est-à-dire : quelles prestations) sont dus en vertu du contrat. Si les défauts nécessitent des réparations autres que celles pour lesquelles le contrat a été conclu, il s'agit d'une mesure de réparation en nature[65].

Section 2
Fondement légal

12. Plan. À première vue, notre Code civil ne se montre guère favorable aux condamnations non pécuniaires. En effet, les dispositions de notre Code civil consacrées à la réparation du dommage ne prescrivent que des dommages et intérêts, c'est-à-dire une réparation pécuniaire. Toutefois, sur la base des dispositions actuelles, il est désormais admis que la réparation en nature est une forme de réparation de droit commun au même titre que les dommages et intérêts. Ceci vaut tant en matière extracontractuelle (A) (voy. n°s 13 et s.) qu'en matière contractuelle (B) (voy. n°s 17 et s.). Le projet de réforme pour un nou-

obligations en nature et de somme d'argent en droit privé. Essai de théorisation à partir d'une distinction, Paris, L.G.D.J., 2010, n° 474 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 137-138, n° 228 ; voy. à ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 33 à 35, n° 44.

62 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 33 à 36, n°s 44 à 46.

63 *Ibid.*, pp. 28 à 30, n° 38.

64 Voy. Cass. fr., 3e ch. civ., 26 mai 1994, n° 92-15911, *Bull. civ.*, 1994, III, n° 100, *J.C.P.*, éd. G., 1994, p. 3809.

65 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, n° 45 ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pp. 124 à 126.

veau Code civil vise à codifier la réparation en nature pour les deux ordres de responsabilité civile (C) (voy. n°s 23 et s.).

A. Responsabilité extracontractuelle

13. Initialement, rien que des dommages et intérêts. Selon la disposition clé de la responsabilité extracontractuelle, l'article 1382 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le *réparer* ». Ce texte napoléonien, hérité par la Belgique lors de sa création, ne précise pas sous quelle forme cette réparation peut avoir lieu. Pour reprendre la conclusion de Lucienne Ripert, on peut dire qu'en matière aquilienne « il n'y a pas de texte relatif à la forme de la réparation et le seul texte existant est conçu dans des termes si généraux que seule, l'imagination des juristes peut décider ce que veut dire le mot "réparer" »[66].

Initialement, on a avancé que ce texte n'autorisait que des dommages et intérêts[67]. Dans ses *Principes de droit civil français*, François Laurent écrit ainsi, à propos de l'article 1382 du Code civil, que « la réparation pécuniaire est la seule que notre législation admette »[68]. Cette interprétation a été reprise par Lucienne Ripert, qui conclut, dans sa thèse sur la réparation du préjudice dans la responsabilité civile délictuelle, qu'il « ne peut jamais y avoir qu'une réparation pécuniaire. […] La prétendue réparation en nature n'existe pas […]. L'action en responsabilité a uniquement pour objet l'octroi d'une compensation pécuniaire à la victime du dommage »[69]. Aujourd'hui, d'éminents civilistes écrivent également que seuls les dommages et intérêts sont compatibles avec les finalités de la responsabilité extracontractuelle, visant la séparation des parties, raison pour laquelle l'octroi des dommages et intérêts serait le seul instrument approprié[70]. La conception purement pécuniaire de l'indemnisation se retrouve également à l'article 11*bis*, alinéa 1er, dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État[71].

14. Ensuite, également réparation en nature pour responsabilité du fait personnel. Néanmoins, il est, à l'heure actuelle, certain que l'article 1382 du Code civil ne se limite pas aux dommages et intérêts. En effet, la formulation large de cette disposition a permis de trouver un fondement légal pour la réparation en nature, en plus des dommages et intérêts.

Déjà en 1863, Léobon Larombière écrivait qu'en application de l'article 1382 du Code civil, « les juges ne sont pas forcés de restreindre, dans tous

66 L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile délictuelle*, *op. cit.*, p. 17, n° 16.

67 Par exemple : Fr. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XX, *op. cit.*, p. 566, n° 522 ; voy. ég. L. Cornelis, « De prijs van onwil, kippenvel en eerlijke schaamte », *op. cit.*, p. 106, note 126.

68 Fr. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XX, *op. cit.*, p. 566, n° 522.

69 L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile délictuelle*, *op. cit.*, p. 13, n° 12 et p. 21, n° 20 et p. 37, n° 32.

70 L. Cornelis, « De prijs van onwil, kippenvel en eerlijke schaamte », *op. cit.*, p. 106, note 126.

71 Voy., par exemple, C.C., 23 mai 2019, n° 70/2019, cons. B.7.2.

les cas, la condamnation à l'obligation de payer une somme d'argent à la partie lésée »[72]. À peine trois ans plus tard, la Cour de cassation française confirma que « si le plus ordinairement la réparation du dommage est évaluée en argent, les termes de l'article 1382 C. Nap. n'excluent pas cependant d'une manière absolue tout autre mode de réparation »[73]. En l'espèce, le débiteur avait détruit un système de drainage et devait, en guise de réparation en nature, fournir de l'eau à la partie lésée certains jours de la semaine durant un certain temps. Depuis lors, cette jurisprudence a souvent été confirmée. La jurisprudence de la Cour de cassation française est, à ce jour, constante en ce qui concerne la responsabilité extracontractuelle : « la réparation d'un dommage peut se faire en nature ou par équivalent »[74].

En Belgique, la confirmation de la possibilité d'une réparation en nature en matière extracontractuelle par la Cour de cassation a pris plus de temps. Henri De Page indiquait déjà en 1964, que « dans la pratique, la réparation du dommage se traduit le plus souvent, en matière aquilienne, par le payement d'une somme d'argent à titre de dommage et intérêts » et qu'« il serait toutefois erroné d'en déduire que ce mode de réparation est le seul possible »[75]. Ce n'est, toutefois, qu'un an plus tard, dans un arrêt du 30 janvier 1965, que la Cour de cassation l'a affirmé clairement pour la première fois[76]. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a qualifié l'annulation d'un contrat pour tierce complicité, sur la base de l'article 1382 du Code civil, de « réparation en nature ». Depuis lors, il est bien établi, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, que les articles 1382 et 1383 du Code civil « permettent, en outre, au préjudicié d'exiger la réparation de son dommage en nature si elle est possible et ne constitue

72 L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1863, p. 429, nº 27.

73 Voy. not. Cass. fr., 6 décembre 1869, *S.*, 1870, I, p. 104 et *D.*, 1871, I, p. 56.

74 Par exemple, Cass. fr., 3e ch. civ., 23 octobre 2013, *Bull. civ.*, 2013, nº 133 ; voy. ég. : Cass. fr., 19 février 1941, *Gaz. Pal.*, 1941, p. 547 ; Cass. fr., 18 janvier 1943, *D.*, 1943, p. 45 ; Cass. fr., 10 avril 1948, *D.*, 1948, p. 421, obs. R. Lenoan ; Cass. fr., 14 juin 1948, *Gaz. Pal.*, 1948, II, p. 69 ; Cass. fr., ch. crim., 20 mars 1952, *D.*, 1952, p. 342 ; Cass. fr., 1re ch. civ., 14 mai 1962, *Bull. civ.*, 1962, nº 241 ; Cass. fr., 2e ch. civ., 17 février 1972, *Bull. civ.*, 1972, nº 50 ; Cass. fr., 3e ch. civ., 12 février 1974, *Bull. civ.*, 1974, nº 72, *J.C.P.*, 1975, II, nº 18.106, obs. Despax ; Cass. fr., ch. crim., 9 avril 1979, *Bull. civ.*, 1976, nº 108 ; Cass. fr., 2e ch. civ., 6 mai 1976, *Bull. civ.*, 1976, nº 150 ; Cass. fr., ch. civ., 8 décembre 1977, *Bull. civ.*, 1977, nº 236 ; Cass. fr., 2e ch. civ., 21 février 1979, *Bull. civ.*, 1979, nº 55 ; Cass. fr., ch. comm., 8 mai 1979, *Bull. civ.*, 1979, IV, nº 148 ; Cass. fr., ch. civ., 9 juillet 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, p. 109, obs. Fr. Chabas ; Cass. fr., 9 décembre 1981, *Bull. civ.*, 1981, nº 209 ; Cass. fr., 2e ch. civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ.*, 1989, nº 177 ; Cass. fr., 2e ch. civ., 21 mai 1997, *Resp. civ. et assur.*, 1997, comm. 265 ; Cass. fr., 2e ch. civ., 18 mars 2010, *Bull. civ.*, 2010, nº 64.

75 *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 1067, nº 1026.

76 Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538, *R.W.*, 1964-1965, p. 1554, *J.T.*, 1965, p. 32, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, obs. J. Dabin, confirmé par Cass., 27 avril 2006, R.G. nº C.04.0591.N, *Arr. Cass.*, 2006, p. 993, *Pas.*, 2006, p. 976, *R.W.*, 2009-2010, p. 236, *R.G.D.C.*, 2008, p. 507, obs. J. Dewez.

pas un abus de droit »[77]. Cette jurisprudence a été confirmée tout récemment par la Cour constitutionnelle[78].

Néanmoins, la réparation en nature est, dans cette jurisprudence belge, souvent utilisée comme base juridique élastique, ce qui, en l'absence de contours clairs, rend possible presque toute condamnation non pécuniaire (voy. *supra*, nº 4). Ces condamnations constituent souvent des mesures de rétablissement plutôt que de réparation. L'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980 nous en fournit un exemple (voy. *supra*, nº 7).

Un autre exemple est fourni par l'arrêt du 26 octobre 2017[79]. La Cour de cassation y considère que l'exercice des droits procéduraux n'est pas illimité : il trouve ses limites dans le principe général de droit de l'interdiction de l'abus de droit. Selon la Cour, « l'abus d'un droit procédural donne lieu à l'indemnisation du préjudice subi ou à une réparation en nature. La sanction de l'abus d'un droit procédural peut dès lors consister à écarter des débats les pièces dont la production est considérée comme abusive ».

Cependant, en vertu des articles 1382 à 1383 du Code civil, la jurisprudence accepte également la réparation en nature au sens strict, et n'hésite pas à l'appliquer. L'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2011 fournit un exemple intéressant (voy. *supra*, nº 9)[80].

L'arrêt du 7 mai 1969 de la cour d'appel de Liège nous en fournit un autre exemple[81]. En l'espèce, une personne qui avait abattu un cerf sur le terrain du demandeur s'est vue condamnée à remplacer le gibier abattu par un cervidé identique (huit cors). Il s'agit d'un équivalent non pécuniaire et pas d'une cessation de l'illicite. En effet, un animal placé artificiellement dans un territoire de chasse n'équivaut pas entièrement à un animal ayant son habitat naturel dans ce territoire.

---

77 Par exemple, depuis 2010, voy. not.: Cass., 5 mai 2011, R.G. nº C.10.0496.F, *Arr. Cass.*, 2011, p. 1157, *Pas.*, 2011, p. 1272, concl. av. gén. A. Henkes, *A. & M.*, 2012, p. 437, *I.C.I.P.*, 2011, p. 50, *R.C.J.B.*, 2012, p. 363, obs. L. Van Bunnen, *R.G.A.R.*, 2012, nº 14.846, obs. N. Estienne, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, obs. P. Wéry ; Cass., 4 septembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014, p. 1751, *Pas.*, 2014, p. 1731, *A.P.T.*, 2015, p. 203, *J.L.M.B.*, 2015, p. 872, *N.j.W.*, 2015, p. 244, obs. G. Jocqué, *R.G.A.R.*, 2015, nº 15.177, *R.G.D.C.*, 2015, p. 569, obs. D. Renders, *V.A.V.*, 2015, p. 46, obs. G. Jocqué ; Cass., 15 mars 2017, R.G. nº P.16.1109.F, www.juridat.be ; Cass., 3 avril 2017, R.G. nº S.16.0039.N, cons. 2, *J.T.T.*, 2017, p. 293, *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, obs. P. Dion et Y. Stevens, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1892, obs. P. Wéry ; Cass., 26 octobre 2017, R.G. nº C.16.0393.N, cons. 2, www.juridat.be.

78 C.C., 31 janvier 2019, nº 14/2019, cons. B.5.

79 Cass., 1re ch., 26 octobre 2017, R.G. nº C.16.0393.N, *Arr. Cass.*, 2017, p. 2036, *Pas.*, 2017, p. 2027, *R.A.B.G.*, 2018, liv. 5, p. 359.

80 Cass., 5 mai 2011, R.G. nº C.10.0496.F, *Arr. Cass.*, 2011, p. 1157, *Pas.*, 2011, p. 1272, concl. av. gén. A. Henkes, *A. & M.*, 2012, p. 437, *I.C.I.P.*, 2011, p. 50, *R.C.J.B.*, 2012, p. 363, obs. L. Van Bunnen, *R.G.A.R.*, 2012, nº 14.846, obs. N. Estienne, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, obs. P. Wéry.

81 Liège, 7 mai 1969, *R.G.A.R.*, 1969, nº 8.322.

D'autres exemples frappants de la réparation en nature au sens strict ont trait à la réparation du préjudice moral. On se limite à rappeler que les mesures suivantes ont été acceptées à titre de réparation en nature de ce préjudice : la publication du jugement, la publication d'un droit de réponse, ou encore la publication d'une rectification (voy. *infra*, n° 32).

15. Réparation en nature pour responsabilité du fait d'autrui et des choses. Généralement, la réparation en nature n'est envisagée que pour la responsabilité du fait personnel (art. 1382 et 1383 C. civ.). Toutefois, celle-ci est également possible pour la responsabilité du fait d'autrui et des choses[82]. En somme, il ne découle pas de la formulation des articles 1384 à 1386*bis* du Code civil que les dommages et intérêts sont la seule forme d'indemnisation admise. Ces dispositions précisent le fait générateur de responsabilité civile, mais n'indiquent rien par rapport à l'obligation de réparation qui s'ensuit. Ainsi, la réparation en nature est parfaitement envisageable pour le dommage causé par une chose vicieuse (art. 1384, al. 1er), des enfants mineurs (art. 1384, al. 2), des domestiques ou préposés (art. 1384, al. 3), des apprentis et élèves (art. 1384, al. 4), des animaux (art. 1385), des bâtiments en ruine (art. 1386) ou des personnes atteintes d'un trouble mental (art. 1386*bis*). Toutefois, la réparation en nature n'est, dans ces cas, que rarement appliquée par la jurisprudence.

Il est question d'une réparation en nature sur la base l'article 1385 du Code civil dans un jugement du tribunal de Flandre-Orientale. Celui-ci concerne un pigeonnier situé à moins d'un mètre de la limite de la parcelle voisine. Le voisin se plaignait de nuisances olfactives, de nuisances sonores et des excréments des pigeons. Il poursuivit ainsi son voisin sur la base des articles 1382 à 1383 et de l'article 1385 du Code civil, l'article 544 du Code civil et la théorie des troubles de voisinages. En rejetant la responsabilité basée sur les articles 1382 à 1383 et sur l'article 544 du Code civil, le tribunal déclare le voisin responsable en vertu de l'article 1385 du Code civil. Le tribunal considère qu'après tout, il n'est, en vertu de l'article 1385 du Code civil, pas nécessaire que le dommage soit causé par un comportement anormal ou imprévisible. Il n'est pas non plus nécessaire que le dommage soit grave ou étendu. Les excréments des pigeons n'endommagent pas de façon permanente le patrimoine du demandeur, mais ils rendent néanmoins nécessaire un nettoyage plus fréquent que d'habitude. Ce dommage donne droit à une réparation. Ainsi, selon le tribunal, une réparation en nature serait parfaitement possible[83].

[82] S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 98 à 99, n° 126.

[83] Civ. Flandre-Orientale, division de Gand, 11e ch., 27 décembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 187 (mais pas accordé).

La réparation en nature est également envisageable sur la base de l'article 1386 du Code civil[84]. En effet, la ruine d'un bâtiment peut causer un dommage, par exemple, aux bâtiments voisins, réparable en nature. Toutefois, il s'agit souvent d'une réparation en nature *sensu lato*, à savoir des mesures préventives[85].

16. Confirmé pour les troubles de voisinage. Il est également possible de procéder à une réparation en nature pour d'autres formes de responsabilité qui ne sont pas de nature contractuelle. Ainsi, alors que le procureur général Frédéric Dumon a, à l'instar de Henri De Page et René Dekkers[86], soutenu que la responsabilité pour troubles de voisinage ne peut donner lieu à un ordre de démolition ou d'enlèvement, mais simplement à l'octroi de dommages et intérêts[87], la Cour de cassation a rapidement accepté la réparation en nature en matière de troubles de voisinage[88]. Aujourd'hui, ce point de vue n'est plus contesté en jurisprudence[89] et en doctrine[90]. Cette solution est confirmée dans l'article 3.101, § 2, 3°, du nouveau Code civil.

À ce sujet, une thématique classique est la nuisance excessive causée par les aboiements des chiens. Une interdiction totale de garder le chien irait trop loin. Cela reviendrait à mettre un terme à l'ensemble de la situation. Toutefois, des mesures destinées à compenser le dommage en nature sont envisageables. Ainsi, un voisin a été condamné au placement d'un écran pour que ses chiens ne réagissent plus à chaque stimulus visuel[91]. Pour les mêmes raisons, un juge a refusé l'enlèvement d'une cloche d'école perturbante. L'école a été condamnée à limiter la sonnerie de la cloche à un maximum de cinq secondes et à l'enfermer dans une boîte isolante[92].

---

84 M. Van Quickenborne et H. Vandenberghe, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », 3e partie, *T.P.R.*, 2011, p. 207, nº 200.

85 Voy. par exemple, Comm. Mons, 2e ch., 7 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1459, obs. E. Montero ; J.P. Liège, 18 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1731 ; voy. ég. Mons, 10 mai 1995, *R.G.A.R.*, 1997, nº 12.731 ; E. Montero, « Bâtiment menaçant ruine : mieux vaut prévenir que réparer » (obs. sous Comm. Mons, 2e ch., 7 mai 2009), *J.L.M.B.*, 2009, p. 1464 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 109-110, nº 105.

86 *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 822, nº 929.

87 Sous Cass., 10 avril 1981, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 932.

88 Cass., 6 avril 1960, *Arr. Cass.*, 1960, p. 722, *Pas.*, 1960, I, p. 915, concl. av. gén. Mahaux, *J.T.*, 1960, obs. A. De Meulder, *R.C.J.B.*, 1960, p. 257, obs. J. Dabin, *R.G.A.R.*, 1960, nº 6.557, obs. R.O. Dalcq.

89 Par exemple : Anvers, 18 octobre 2017, *N.j.W.*, 2018, p. 539 ; Civ. Termonde, 8 janvier 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 407 ; J.P. Saint-Trond, 26 novembre 1991, *J.J.P.*, 1995, p. 183 ; Comm. Anvers, 3e ch., 5 octobre 1966, *R.W.*, 1966-1967, p. 898 ; J.P. Gand, 9 janvier 2006, *T.M.R.*, 2006, p. 710 ; J.P. Halle, 23 février 2011, *R.G.D.C.*, 2013, p. 282 ; J.P. Fléron, 25 juin 2013, *J.J.P.*, 2015, p. 622 ; J.P. Westerlo, 3 juin 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 150.

90 Voy. ég. D. Chevalier, « La théorie des troubles de voisinage », *J.T.*, 2018, p. 340, nº 6 ; V. Sagaert, « Goederenrecht », *in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, p. 252, nº 293 ; S. Stijns et H. Vuye, « Burenhinder », *in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Anvers, E. Story-Scientia, 2000, pp. 501-502, nº 278. À ce propos, voy. ég. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 99 à 106, nºs 127 à 132.

91 J.P. Halle, 23 février 2011, *R.G.D.C.*, 2013, p. 282.

92 J.P. Gand (II), 9 janvier 2006, *T.M.R.*, 2006, p. 710.

L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 29 janvier 2018 nous fournit un autre exemple[93]. Le placement de fenêtres dans la façade latérale d'un bâtiment à une distance de moins de 1,90 mètre de la limite de la parcelle constituait une infraction à l'article 678 du Code civil. La proximité étroite du bien voisin (à savoir à environ un mètre) constituait pour le voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, perturbant ainsi l'équilibre entre les propriétaires voisins. L'infraction à l'article 678 du Code civil et le trouble anormal de voisinage étaient adéquatement compensés et palliés par l'obligation d'équiper les fenêtres d'un système de telle sorte que celles-ci ne puissent pas être entièrement ouvertes mais uniquement être placées en position de basculement.

B. Responsabilité contractuelle

17. Plusieurs dispositions éparses prescrivent la réparation en nature pour certains contrats spéciaux. La réparation en nature en matière contractuelle trouve, dans un certain nombre de cas, directement son fondement dans une disposition légale spécifique[94].

Par exemple, l'organisateur de voyages doit fournir, à ses propres frais, des services de voyage alternatifs de qualité équivalente lorsque les services de voyage qu'il a fournis ne sont pas conformes à ce qui a été convenu dans le contrat de voyage à forfait (art. 33 et s. de la loi sur les voyages à forfait[95]). Ainsi, en cas de surréservation de l'hôtel réservé (impossibilité d'exécution en nature), l'organisateur de voyages doit fournir un hôtel ou une chambre d'hôtes équivalent(e) en tant que mesure de réparation en nature[96].

De même, le transporteur (par avion, train, bateau ou bus) est, en vertu de la réglementation européenne relative aux droits des passagers, obligé d'offrir un transport alternatif en cas d'annulation ou de retard suffisant. Dans ce cas, il doit de surcroît réparer en nature le temps d'attente en raison de retards en offrant, par exemple, de la nourriture, des rafraîchissements et des moyens de communication[97].

Dans un contrat de vente, le remplacement d'un bien unique en raison du non-respect de l'exigence de conformité prescrite par la loi relative à la vente de biens de consommation (art. 1649*quinquies*, § 2, C. civ.) et par la Convention

93 Anvers, 29 janvier 2018, *N.j.W.*, 2018, liv. 391, p. 846, obs. G. Degeest.

94 Pour l'analyse de ces dispositions légales spécifiques, voy. not. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 256 à 329, n°s 314 à 416.

95 Loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage, *M.B.*, 1er décembre 2017, p. 106.673.

96 S. De Rey, «Aanspraak op reisalternatieven bij non-conformiteit : schadeherstel *in natura* bij niet-nakoming door de reisorganisator», *in* B. Wyseur (éd.), *Recht op reis. De nieuwe wetgeving pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen*, Bruges, die Keure, 2018, pp. 233 à 276.

97 Voy. art. 8 et 9 du règlement (CE) n° 261/2004 ; art. 16 et 18 du règlement (CE) n° 1371/2007 ; art. 17 et 18 du règlement (UE) n° 1177/2010 ; et art. 8, 19 et 21 du règlement (UE) n° 181/2011.

de Vienne sur les ventes internationales (art. 47) peut constituer une réparation en nature. Ainsi, on peut, en ce qui concerne la vente de biens de consommation, imaginer le remplacement d'un animal de compagnie[98] ou d'une voiture d'occasion[99].

En ce qui concerne la procédure de recours collectif à la suite d'une faute (extra)contractuelle par une entreprise (art. XVII.54, § 1er, 7°, et XVII.59, § 2, du Code de droit économique), la réparation en nature et les dommages et intérêts sont prescrits en tant que modes de réparation. La réparation en nature pourrait, dans ce cas, prendre la forme d'une distribution gratuite de produits[100].

18. Droit commun : traditionnellement une interprétation exclusivement pécuniaire. Au-delà de ces dispositions, à vrai dire, spécifiques, la possibilité d'une réparation en nature du dommage contractuel ne figure pas *expressis verbis* dans le Code civil.

En effet, le Code civil ne consacre que quelques dispositions de droit commun à l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution du contrat. Traditionnellement, cette obligation est interprétée en doctrine comme un moyen d'exécution de l'obligation contractuelle inexécutée. En ce sens, le débiteur qui indemnise le dommage causé par l'inexécution contractuelle est toujours réputé exécuter l'obligation inexécutée, quoique sous une forme différente ou, en d'autres termes, « en équivalent »[101]. Ainsi, comme Henri De Page le souligne si justement, l'exécution par équivalent constitue « un succédané, un pis-aller, une compensation offerte au créancier lorsque l'exécution […] en nature n'est pas, ou n'est plus possible »[102]. La Cour de cassation considère l'exécution en nature comme la méthode d'exécution normale des obligations contractuelles et considère que l'exécution par équivalent s'impose uniquement lorsque l'exécution en nature n'est pas (ou plus) possible ou constitue un

98 Gand, 2 mai 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 100 ; Mons, 15 décembre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 117, obs. S. Marysse ; voy. not. R. Steennot, « Wettelijke garantie voor "gebrekkige" honden en katten », *in* N. Carette et B. Weyts (éd.), *Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 566 et s. Également confirmé par l'article 30, § 3, de l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant les conditions d'agrément des établissements pour animaux et portant les conditions de commercialisation des animaux (*M.B.*, 6 juillet 2007, p. 37170) ; voy. toutefois : Cass. fr., 1re ch. civ., 9 décembre 2015, *D.*, 2016, p. 360 (remplacement impossible pour un animal de compagnie). Dans la nouvelle directive européenne, toutefois, les États membres peuvent exclure du champ d'application de la directive les contrats relatifs à la vente d'animaux vivants (voy. not. art. 3, al. 5, de la directive (UE) 2019/771).

99 Gand, 27 mai 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 200, obs. R. Steennot ; *R.W.*, 2010-2011, p. 540, obs. S. Marysse ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 300 ; Mons, 7e ch., 22 décembre 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 539.

100 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, nº 53-3300/001 et nº 53-3301/001, p. 42.

101 À l'heure actuelle, voy. not. R. Barbaix et N. Carette, *Privaat (vermogens)recht*, Anvers, Intersentia, 2018, p. 194, nº 633 ; B. De Groote, D. Bruloot et R. De Corte, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, vol. 2, Anvers, Intersentia, 2017, p. 265, nº 667 ; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, t. 1, *op. cit.*, nº 249 ; A. Verbeke, N. Carette et K. Vanhove, *Handboek burgerlijk recht*, t. III, Anvers, Intersentia, 2007, p. 223, nº 276 ; C. Henskens, « Sancties bij contractbreuk », *in* Th. Vansweevelt et Br. Weyts (éd.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 410.

102 *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 126, nº 98.

abus de droit[103]. Dès le début, l'équivalent en question a reçu une interprétation exclusivement pécuniaire de la part des auteurs les plus éminents. Ainsi, à l'instar de, par exemple, François Laurent[104], Albert Kluyskens[105] et Robert Vandeputte[106], Henri De Page enseigne que cet équivalent « consiste toujours, et ne peut consister qu'en une somme d'argent »[107], c'est-à-dire des dommages et intérêts. Ce caractère exclusivement pécuniaire de l'exécution par équivalent exclut, bien évidemment, toute réparation en nature.

À cet égard, le point de départ principal est notre Code civil dont la section consacrée à l'indemnisation pour l'inexécution contractuelle (art. 1146 à 1155) ne mentionne que les dommages et intérêts. Par exemple, l'article 1142 du Code civil stipule qu'en cas d'inexécution contractuelle, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts ». D'autres dispositions du droit commun relatives aux sanctions pour inexécution du contrat (not. art. 1120, 1136, 1143, 1145 et 1184, al. 2, C. civ.) ne prévoient également que des dommages et intérêts. Par conséquent, le Code civil contiendrait la règle tacite selon laquelle l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution contractuelle ne peut prendre que la forme de dommages et intérêts.

Cette doctrine s'appuie sur l'ancien droit français. En effet, dans un arrêt de 1846, la Cour de cassation française rejetait déjà explicitement la réparation autre que pécuniaire[108]. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises sur la base des articles 1134 et 1142 de l'ancien Code civil. La Haute juridiction a, en effet, considéré « qu'aucune disposition légale n'autorise les tribunaux à condamner une partie, en réparation d'un dommage causé par elle, à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une convention, ni par la loi, alors qu'elle refuse de l'accomplir »[109]. Ainsi, la prestation à titre de réparation n'est, contrairement à l'exécution en nature, pas imposée par le contrat (art. 1134) et, contrairement aux dommages et intérêts, pas imposée par la loi (art. 1142). Il en a été déduit que la condamnation à une réparation en nature serait totalement

[103] Par exemple, voy. Cass., 15 octobre 1982, *Arr. Cass.*, 1982-1983, p. 246 et *Pas.*, 1983, I, p. 223 ; Cass., 2 février 1989, *Arr. Cass.*, 1988-1989, p. 655, *Pas.*, 1989, I, p. 589, *R.C.J.B.*, 1994, p. 361, obs. M. Vanwijck-Alexandre, *R.W.*, 1989-1990, p. 538 ; Cass., 14 avril 1994, R.G. n° C.93.0461.F, *Arr. Cass.*, 1994, p. 374, *Pas.*, 1994, I, p. 370, *Act. dr.*, 1996, p. 23, obs. P. Wéry, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-Fr. Jeunehomme, *R.W.*, 1995-1996, p. 532 ; Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 136 ; Cass., 30 janvier 2003, R.G. n° C.00.0632.F, *Arr. Cass.*, 2003, p. 270, *Pas.*, 2003, p. 227, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672 ; *R.W.*, 2005-2006, p. 1219 et *R.G.D.C.*, 2004, p. 40.

[104] Fr. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVI, *op. cit.*, pp. 398 à 399, n° 337.

[105] A. Kluyskens, *De verbintenissen*, *op. cit.*, p. 129, n° 66, 5°.

[106] R. Vandeputte, *De overeenkomst : haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Bruxelles, Larcier, 1977, pp. 242 à 243.

[107] H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, p. 126, n° 98A.

[108] Cass. fr., ch. civ., 21 juillet 1846, *D.*, 1847, jur. IV, col. 278, n° 41, *S.*, 1846, pp. 752 à 753.

[109] Cass. fr., ch. civ., 9 juillet 1888, *D.*, 1889, p. 156, *S.*, 1889, p. 381 ; Cass. fr., ch. civ., 4 juin 1924, *D.*, 1927, p. 316, *S.*, 1925, p. 97, obs. L. Hugueney.

arbitraire. Cette jurisprudence a rapidement trouvé un écho dans la doctrine française[110].

19. Réinterprétation du Code civil, en faveur de la réparation en nature – Trois mouvements. Afin de concilier la réparation en nature avec les articles 1142 et suivants du Code civil, différents arguments ont été développés au fil du temps.

A. *Premier mouvement*. Un premier mouvement a procédé à une lecture créative de ces dispositions. Trois interprétations en témoignent.

La première a limité la portée de l'article 1142 du Code civil par un raisonnement *a contrario*. Le raisonnement est le suivant : étant donné que l'article 1142 se limite aux obligations de faire et de ne pas faire, la règle de la réparation du dommage pécuniaire qui y figure ne serait pas applicable aux obligations à donner[111]. Toutefois, cette interprétation n'a fourni aucun allégement pour les obligations de (ne pas) faire. La seconde interprétation donne une acception large à la notion de « dommages et intérêts » figurant à l'article 1142 du Code civil. Selon cette interprétation, les dommages et intérêts ne se limiteraient pas au paiement d'une somme d'argent, mais pourraient également être accordés sous d'autres formes[112]. Enfin, la troisième interprétation voit dans les articles 1143 à 1144 du Code civil un argument textuel en faveur de la réparation en nature. En effet, juste après la règle de la réparation pécuniaire du dommage de l'article 1142, le Code civil stipule que le créancier a « néanmoins » le droit de demander le remplacement du débiteur (art. 1143 à 1144). Il ressortirait de ce libellé que les articles 1143 à 1144 du Code civil ont été codifiés comme une dérogation à l'article 1142 du Code civil et donc comme une confirmation de la possibilité d'une réparation non pécuniaire du dommage[113]. Bien que la jurisprudence ait suivi ce point de vue pendant un certain temps[114] et le suit

---

110 D'ordre chronologique, voy. not. : Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 135 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Paris, L.G.D.J., 1930, n° 822 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 824 ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, Dalloz, 1959, n° 890 ; L. Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, Dalloz, 1959, n° 890 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 378 ; A. Weill, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 1971, n°s 428 à 430 ; J. Carbonnier, *Les obligations*, Paris, PUF, 1976, n° 76 ; Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1982, p. 326 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 105 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Paris, Montchrestien, 2014, n° 403.

111 Avec cette argumentation, voy. not. H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 47, n° 88 ; G. Marty et P. Raynayd, *Droit civil. Les obligations*, t. II/1, Paris, Sirey, 1962, p. 556.

112 Voy. not. A. El-Kholy, *La réparation en nature en droit français et droit égyptien*, Le Caire, Imp. UC, 1954, p. 115 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. I, Paris, 1897, n° 449.

113 Voy. not. R. Pirson et A. De Ville, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1935, p. 545 ; J. Norman, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 115 ; Fr. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations : théorie générale*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 1022, n° 935.

114 Voy. not. Bruxelles, 10 juillet 1950, *Pas.*, 1951, II, p. 38, *J.T.*, 1951, p. 9, *R.D.C.*, 1951, p. 355 ; Bruxelles, 13 janvier 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 105 ; Civ. Bruxelles, 5 avril 1988, *Pas.*, 1988, III, p. 93 ; Comm. Bruxelles, 7 avril 1977, *R.D.C.*, 1977, p. 635.

parfois encore[115], les articles 1143 à 1144 du Code civil ne sont désormais plus considérés comme une application de la réparation en nature, mais comme des mesures d'exécution en nature[116] (voy. ég. *infra*, nº 44). En effet, à moins que l'obligation n'ait été contractée *intuitu personae* par le débiteur, la personne du débiteur n'est pas décisive pour l'exécution de l'obligation[117].

B. *Deuxième mouvement.* Aucune de ces interprétations ne s'est avérée décisive pour l'acceptation de la réparation en nature en matière contractuelle. L'observation selon laquelle la portée de l'article 1142 du Code civil ne correspond pas au libellé littéral de cette disposition a, au contraire, joué un rôle important en la matière.

La thèse de Patrick Wéry, consacrée à une nouvelle lecture des articles 1142 à 1144 du Code civil, a été cruciale à cet égard[118]. En effet, l'auteur démontre, de manière fort convaincante, que l'article 1142 du Code civil exprime, dans une formulation quelque peu maladroite, le principe selon lequel toute forme de contrainte physique sur la personne est interdite, afin de sauvegarder la liberté physique individuelle et la dignité humaine de chacun[119] ou, en termes plus modernes, l'intégrité physique telle que garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[120]. En ce sens, l'article 1142 du Code civil est une application du principe général de droit *nemo potest praecise cogi ad factum*[121]. En d'autres termes, l'article 1142 du Code civil prévoit seulement que, si le débiteur ne se conforme pas à sa condamnation à l'exécution en nature, aucune contrainte physique ne peut être exercée sur sa personne pour obtenir l'exécution de cette condamnation. Ainsi, le débiteur n'est, en dernier ressort, tenu qu'à une indemnisation[122]. Cette réinterprétation est aujourd'hui largement acceptée par la doctrine[123].

---

115 Par exemple, Liège, 13e ch., 22 octobre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 188 ; Mons, 2 mai 2016, R.G. nº 2015/RG/383, www.juridat.be ; Comm. Hasselt, 1re ch., 1er juillet 2008, *Limb. Rechtsl.*, 2008, p. 343.

116 Voy. not. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80. À ce sujet, voy. P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, nos 78 et s.

117 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 565, nos 690 et s. avec la proposition d'une nouvelle lecture des articles 1143 à 1144 du Code civil (p. 586, nos 709 et s.).

118 P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, pp. 27 à 82.

119 Par exemple, H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, p. 125, nº 96 ; J. Ronse, « De dwangsom in het Belgische recht », *in* Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (éd.), *Jaarboek 1961-1962–VIII*, Anvers, De Sikkel, p. 109 ; R. Vandeputte, *De overeenkomst : haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, *op. cit.*, p. 243.

120 N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 486, nº 835.

121 Voy. not. Cass., 8 juin 1849, *Pas.*, 1850, I, p. 90 ; Cass., 5 janvier 1968, *Arr. Cass.*, 1968, p. 607, *Pas.*, 1968, I, p. 567, *J.T.*, 1968, p. 238, *R.W.*, 1967-1968, p. 1535 ; Cass., 7 mars 1975, *Arr. Cass.*, 1975, p. 764, *Pas.*, 1975, I, p. 692, *R.W.*, 1974-1975, p. 2335 ; Cass., 23 décembre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, p. 505, *Pas.*, 1978, I, p. 477, *J.T.*, 1978, p. 558, *R.W.*, 1978-1979, p. 362, obs. A. Van Oevelen, *Rev. not. belge*, 1979, p. 467, *T. Not.*, 1979, p. 21.

122 La contrainte (indirecte) sur le patrimoine du débiteur est toutefois possible par l'astreinte (art. 1385*bis* C. jud.).

123 En reprenant cette lecture, voy. not. M. Coipel, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 121 à 122, nº 167 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, *op. cit.*, p. 334, nº 241, note 78 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les

Désormais, l'inexécution d'une obligation contractuelle ne se résout donc plus automatiquement en dommages et intérêts, contrairement à ce que suggère le texte de l'article 1142 du Code civil. La Cour de cassation l'a accepté assez tôt dans un arrêt du 6 mars 1919[124], mais l'arrêt du 5 janvier 1968 est encore plus clair : « l'article 1142 du Code civil, aux termes duquel toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, n'exclut pas que puisse être demandée par le créancier et ordonnée par le juge l'exécution en nature de l'obligation »[125]. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation il est désormais établi que « le créancier peut obtenir l'exécution en nature d'une obligation […], sauf lorsque cette exécution n'est plus possible ou si elle requiert l'acte personnel du débiteur »[126]. Selon la Cour, « l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée […] »[127], c'est pourquoi le créancier peut se prévaloir d'un « droit d'obtenir l'exécution forcée du contrat »[128]. Cette jurisprudence s'applique tant aux obligations de donner[129], de faire ou de ne pas faire[130], qu'aux obligations de payer une somme d'argent[131].

C. *Troisième mouvement.* Il ressort de cette réinterprétation que les articles 1142 et suivants du Code civil, malgré leur formulation exclusivement pécuniaire, n'empêchent pas les condamnations non pécuniaires. Alors que l'exécution en nature a été rapidement acceptée sur la base de cette relecture, la réparation en nature est restée controversée. Le processus d'acceptation de la réparation en nature en matière contractuelle a nécessité un troisième mouvement. Cela allait de pair avec une conception plus moderne de l'obligation d'indemniser le dommage causé par l'inexécution contractuelle.

En effet, la présentation de cette obligation comme une exécution par équivalent de l'obligation contractuelle inexécutée a été jugée trompeuse. Cette conception était préjudiciable à la fonction essentiellement indemnitaire de

sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 721, nº 94 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 182.

124 *Pas.*, 1919, I, p. 80.

125 *Arr. Cass.*, 1968, p. 607, *Pas.*, 1968, I, p. 567, *J.T.*, 1968, p. 238, *R.W.*, 1967-1968, p. 1535.

126 Cass., 12 septembre 1958, *Arr. Cass.*, 1959, p. 32, *Pas.*, 1959, I, p. 45 ; voy. aussi : Cass., 17 mars 1921, *Rev. not. belge*, 1922, p. 326.

127 Cass., 14 avril 1994, R.G. nº C.93.0461.F, *Arr. Cass.*, 1994, p. 374, *Pas.*, 1994, I, p. 370, *Act. dr.*, 1996, p. 23, obs. P. Wéry, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-Fr. Jeunehomme, *R.W.*, 1995-1996, p. 532 ; Cass., 30 janvier 2003, R.G. nº C.00.0632.F, *Arr. Cass.*, 2003, p. 270, *Pas.*, 2003, p. 227, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672, *R.W.*, 2005-2006, p. 1219, *R.G.D.C.*, 2004, p. 40.

128 Cass., 3 février 2017, R.G. nº C.16.0055.N, *Huur*, 2017, p. 190, *T.B.O.*, 2017, p. 498.

129 Par exemple Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

130 Par exemple Cass., 14 avril 1994, R.G. nº C.93.0461.F, *Arr. Cass.*, 1994, p. 374, *Pas.*, 1994, I, p. 370, *Act. dr.*, 1996, p. 23, obs. P. Wéry, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-Fr. Jeunehomme, *R.W.*, 1995-1996, p. 532 ; Cass., 30 janvier 2003, R.G. nº C.00.0632.F, *Arr. Cass.*, 2003, p. 270, *Pas.*, 2003, p. 227, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672, *R.W.*, 2005-2006, p. 1219 et *R.G.D.C.*, 2004, p. 40.

131 Par exemple Cass., 28 novembre 2002, R.G. nº C.01.0076.F, *Arr. Cass.*, 2002, p. 2595, *Pas.*, 2002, p. 2277, *R.G.A.R.*, 2004, nº 13.820, *R.W.*, 2004-2005, p. 1457, *T. Verz.-Bull. ass.*, 2003, p. 587, *Verkeersr.*, 2003, p. 198.

cette obligation. Toutefois, en tant que victime de l'inexécution du contrat, le créancier a droit à la réparation de son dommage, de sorte qu'il peut obtenir, auprès du débiteur, la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. En fait, il s'agit de l'application du principe socio-moral selon lequel le dommage ne reste pas là où le dommage se produit lorsque la faute d'une personne cause ce dommage. Contrairement au droit de la responsabilité extracontractuelle, où ce principe est inscrit dans les articles 1382 à 1383 du Code civil, il n'existe pas de dispositions similaires en matière contractuelle. Ainsi, Marcel Planiol a développé dans son traité une réponse à cette lacune : la théorie de la responsabilité contractuelle[132]. Selon cette théorie, la responsabilité contractuelle crée, tout comme la responsabilité extracontractuelle, une obligation légale (secondaire) de réparer le dommage causé par l'inexécution de l'obligation contractuelle (primaire). Bien que cette obligation légale de réparer le dommage causé par l'inexécution de l'obligation contractuelle n'est pas prescrite par le Code civil, elle fait désormais partie de notre droit positif.

Contrairement au droit français où la notion de la responsabilité contractuelle a été controversée – à l'instar de l'article remarquable de Philippe Rémy[133], la théorie de la responsabilité contractuelle n'a jamais été controversée en droit belge. La doctrine belge utilise souvent les notions « exécution par équivalent » et « responsabilité contractuelle » de façon interchangeable[134] ou comme des concepts équivalents[135]. Actuellement, la responsabilité contractuelle et sa fonction sont clairement acceptées dans la doctrine néerlandophone[136] et francophone[137]. Aujourd'hui, il est donc plus moderne et plus correct de parler de la responsabilité contractuelle que d'exécution par équivalent. Cela s'inscrit dans

132 *Traité élémentaire de droit civil*, 3 volumes, Paris, L.G.D.J., 1905.

133 Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 323 à 355.

134 Voy. not. M. Coipel, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 124 ; B. De Groote, D. Bruloot et R. De Corte, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, *op. cit.*, p. 265, n° 667.

135 Voy. par exemple S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 992, n° 1236 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 510, n° 533.

136 Voy. not. B. Claessens, S. Heirbrant et S. Vereecken, « Contractuele aansprakelijkheid », *in Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2017, pp. II.4-146 et s. ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 488, n° 202 ; S. Stijns et S. Covemaeker, *Overzicht van rechtspraak inzake contractuele aansprakelijkheid*, coll. Themis Verbintenissenrecht, n° 5, Bruges, die Keure, 2001, p. 54 ; Br. Verkempinck, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, *op. cit.*, p. 43, n°s 123 et s. ; Th. Vansweevelt et Br. Weyts, « De contractuele aansprakelijkheid », *in* Th. Vansweevelt et Br. Weyts (éd.), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 343, n°s 487 et s.

137 Voy. not. B. Dubuisson et P. Jourdain (éd.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2015, 1135 p. ; I. Durant, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *in* S. Stijns et P. Wéry (éd.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2010, p. 53 ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pp. 107 et s. ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 723, n°s 101 et s. ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 862, n° 561 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 510 à 511, n° 533.

la tendance qui vise à rapprocher, dans la mesure du possible, la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle (voy. ég. *infra*, nº 20).

20. L'acception par la doctrine de la réparation en nature en matière contractuelle. De ce point de vue, l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution contractuelle ne repose plus sur l'article 1142 du Code civil, mais découle directement de la responsabilité contractuelle en tant que source autonome d'obligation, de telle sorte que la forme de la réparation ne dépend plus du texte de l'article 1142 du Code civil. Ainsi, il est possible d'admettre non seulement des dommages et intérêts, mais également la réparation en nature.

À l'origine, l'acception de la réparation en nature en matière contractuelle a été quelque peu hésitante. On trouve une première confirmation dans les écrits de Roger O. Dalcq[138]. Sans écrire clairement qu'il s'agit d'une réparation en nature, Hubert Bocken *et al.* écrivent trente ans plus tard que « le juge peut […] s'écarter de la simple attribution de dommages et intérêts afin de réaliser la réparation du dommage de la manière la plus adéquate. En effet, il existe des formes transitoires entre l'exécution en nature et le simple paiement d'une somme d'argent à titre de réparation »[139]. La vraie percée vient de Patrick Wéry, qui est le premier auteur belge ayant mis en évidence la distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature, d'abord dans sa thèse de doctorat (1993)[140], et plus tard dans son manuel (2011)[141]. En droit belge, son manuel est le seul qui considère la réparation en nature comme une sanction pour inexécution de droit commun. Ainsi, bien qu'il existe encore aujourd'hui une doctrine qui raisonne exclusivement en termes des dommages et intérêts pour réparer le dommage causé par l'inexécution contractuelle[142], la possibilité d'une réparation en nature est, depuis les années 1990, de plus en plus acceptée en droit des obligations belge[143].

---

138 R.O. Dalcq, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial belge », *op. cit.*, p. 76.

139 R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen », *op. cit.*, p. 644, nº 341 (traduction libre).

140 P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, p. 172, nºs 128 et s.

141 P. Wéry, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 565 et s. Du même auteur, voy. « La réparation en nature en matière contractuelle » (obs. sous Civ. Liège, 6 juin 1995), *D.I.T.*, 1996, pp. 49 et s.; « L'exécution et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge », *in* M. Fontaine et G. Viney (éd.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, pp. 234 et s.; « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelle », *in* P. Wéry (éd.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 318 et s.; « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », *op. cit.*, pp. 95 et s.

142 Voy. B. De Groote, D. Bruloot et R. De Corte, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, *op. cit.*, p. 265, nº 667 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 185 ; C. Henskens, « Sancties bij contractbreuk », *in* Th. Vansweevelt et Br. Weyts (éd.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 410 à 411.

143 Par ordre chronologique, voy. S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, nº 239 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 729, nº 115 ; M. Coipel, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*,

À nouveau, c'est le droit français qui a guidé cette démarche. Influencés par la thèse novatrice de Marie-Ève Roujou de Boubée de 1974[144] – restée longtemps inaperçue en Belgique – et par les écrits des partisans actuels de cette thèse – tels que Geneviève Viney[145] et Brunehilde Barry[146] –, les auteurs français acceptent, de plus en plus, la réparation en nature du dommage contractuel depuis les années 1980[147]. La jurisprudence française n'a pas tardé à suivre. Bien qu'elle n'ait jamais explicitement statué en faveur de la réparation en nature, la Cour de cassation française accepte depuis les années 1950 de manière implicite la réparation en nature en matière contractuelle[148]. Ainsi, pour l'inexécution de l'obligation de restitution par un dépositaire, la Cour a jugé « qu'une restitution par équivalence, d'objets de même nature pouvant se trouver dans le commerce, sera le meilleur mode de réparation du préjudice »[149]. Dans l'arrêt *Courage* (voy. *supra*, nº 9) la Haute juridiction considère que « l'obligation de réparer le dommage est distincte de l'obligation contractuelle dont la violation a causé le dommage, qu'en condamnant (l'architecte), après la réalisation du dommage, à faire effectuer à ses frais les travaux énumérés au rapport, sous la surveillance

p. 127, nº 173 ; C. Cauffman, *Verbindende eenzijdige belofte*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 823, nº 1256 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 836, nº 545, 8° ; A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 390 à 391, nº 343 ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pp. 109 et s. ; F. Vermander, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 941 à 942, nº 1116 ; S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, pp. 516 à 519, nº 659 ; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, t. 1, *op. cit.*, nº 242 ; T. Hens, W. Van Putten, M.-A. Vega Leon, J. Deene, S. Vereecken et S. Heirbrant, « De gevolgen van de contractuele aansprakelijkheid », *in Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2017, pp. II.4-183, nº 1837 ; Br. Verkempinck, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, *op. cit.*, nº 5 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, nºs 133 et s.

144 M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, 493 p.

145 G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, « Les effets de la responsabilité », *in* J. Ghestin (éd.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 85, nºs 62 et s. ; G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *in* M. Fontaine et G. Viney (éd.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 195, nºs 32 et s. ; G. Viney, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », *in* B. Dubuisson et P. Jourdain (éd.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2015, pp. 9 et s.

146 Br. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, 630 p.

147 Avant la réforme de 2016, voy. par ordre chronologique depuis 1980 : Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1982, p. 329 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, Paris, Sirey, 1988, pp. 735 à 736 ; Fr. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations : théorie générale*, *op. cit.*, nº 621 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, nº 188 ; J. Coulet, *L'exécution forcée en nature*, *op. cit.*, p. 272, nºs 253 et s. ; L.-Fr. Pignarre, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, *op. cit.*, pp. 403 à 404, nº 474 ; P. Grosser, « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », *in Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Paris, Bruylant, 2011, pp. 370 à 371 ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 648, nº 594 ; I. Alvarez, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, *op. cit.*, pp. 379 à 380, nº 580.

148 Voy. Cass. fr., 1re ch. civ., 28 avril 1986, nº 84-13753, *Bull. civ.*, 1968, nº 107 ; Cass. fr., 3e ch. civ., 16 juin 2015, nº 14-14612, ECLI:FR:CCASS:2015:C300697 ; Cass. fr., 3e ch. civ., 16 juin 2015, nº 14-12548, *R.D.C.*, 2015, p. 839, obs. Th. Genicon.

149 Cass. fr., 1re ch. civ., 20 janvier 1953, *D.*, 1953, pp. 222 à 223, *J.C.P.*, 1953, II, nº 7677, obs. P. Esmein.

de (l'expert), les juges du fond n'ont pas méconnu la nature des conventions liant l'architecte à ses clients »[150].

En ce qui concerne le droit belge, la position qui tend à rejeter la réparation en nature en matière contractuelle est difficile à défendre à la lumière de l'acceptation de la réparation en nature en matière extracontractuelle (voy. *supra*, n°s 14 et s.). En effet, une telle coexistence de régimes différents dans les matières contractuelle et extracontractuelle serait interpellante. Ceci contrasterait avec la tendance récente à faire converger progressivement et autant que possible les deux régimes de responsabilité[151]. Ainsi, dans ma thèse de doctorat, j'ai récemment tenté de revaloriser la réparation en nature du dommage contractuel à l'instar d'un point de vue extracontractuel. J'en conclus qu'aucune distinction ne devrait être faite entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle en ce qui concerne la possibilité d'une réparation en nature. Quoique la distinction entre ces deux ordres de responsabilité soit très ancienne et qu'elle ait certainement rendu service dans le passé, il existe, à l'heure actuelle, des cas d'application dans lesquels les responsabilités contractuelle et extracontractuelle se rapprochent à un point tel qu'il semble difficile, à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination, de justifier que la réparation en nature est possible en matière extracontractuelle mais pas en matière contractuelle. Il ne semble exister aucun fondement légitime qui puisse justifier de manière pertinente et proportionnée une telle différence de traitement. En effet, la Cour constitutionnelle considère qu'un critère qui est longtemps resté pertinent pour justifier une différence de traitement peut perdre de sa pertinence[152]. Plus précisément, la Cour constitutionnelle a déjà considéré que, bien que la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle diffèrent l'une de l'autre et soient depuis longtemps soumises à des règles juridiques différentes, la différence de traitement résultant de cette distinction n'est, dans certaines circonstances, pas raisonnablement justifiée. C'est notamment le cas pour les différents délais de prescription applicables aux actions en responsabilité professionnelle contractuelle et extracontractuelle des notaires[153]. Cet argument pourrait, avec prudence, être étendu aux différentes formes d'indemnisation. Prenons l'exemple de la responsabilité professionnelle du notaire. Il est bien peu probable que des motifs pertinents puissent justifier de manière proportionnée la différence de traitement entre les victimes qui souhaitent obtenir

150 Cass. fr., 3e ch. civ., 28 février 1969, *Bull. civ.*, 1969, III, n° 182 et n° 67-10.996.

151 À ce sujet, par exemple : L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, t. II, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 575 à 576 ; E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile*, *op. cit.*, 637 p.

152 C'est ce que révèle, par exemple, la jurisprudence sur la distinction entre les ouvriers et les employés, voy. not. : C.C., 8 juillet 1993, n° 5/93, cons. B.6.3.1 ; C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011, cons. B.3.2 et B.4.3 ; voy. ég. J. Velaers, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, t. I, Bruges, die Keure, 2019, p. 164, n° 37.

153 C.C., 13 décembre 2012, n° 150/2012 ; C.C., 6 novembre 2014, n° 164/2014 ; voy. déjà : C.C., 21 mars 1995, n° 25/95. Voy. aussi, sur cette question, B. De Coninck, « La responsabilité civile du notaire », *in* V. Callewaert (dir.), *Responsabilités professionnelles*, coll. CUP, vol. 196, Liège, Anthemis, 2020, pp. 109 et s.

une réparation en nature du dommage causé par une faute notariale, selon que la faute a été commise dans la rédaction d'un acte authentique (habituellement considéré comme ressortissant de la responsabilité extracontractuelle[154]) ou un acte privée (habituellement considéré comme ressortissant de la responsabilité contractuelle). Comme pour les délais de prescription, il ne semble pas raisonnable de considérer que la possibilité, pour les victimes, d'obtenir une réparation en nature dépend de la nature de la responsabilité. En effet, les victimes ont, dans les deux cas, choisi un notaire à qui elles ont confié une tâche et, dans les deux cas, le notaire doit témoigner des mêmes qualités professionnelles et réparer le dommage causé par sa faute. Dans notre thèse de doctorat, nous avons développé le même argument en ce qui concerne la différence de traitement qui se produirait pour le salarié supportant un dommage en matière de sécurité sociale à la suite d'un manquement (extra)contractuel de son employeur[155]. Par conséquent, la possibilité d'une réparation en nature ne peut dépendre de la qualification (extra)contractuelle de la responsabilité.

21. La réponse affirmative de la jurisprudence de fond. Bien que la réparation en nature du dommage contractuel soit longtemps restée controversée dans la jurisprudence de fond, quelques décisions ont déjà accepté celle-ci. Malgré leur nombre limité, ces décisions sont variées quant à leur origine : elles ont été rendues tant par des juges néerlandophones que par des juges francophones. Elles ont, par ailleurs, été rendues à différents niveaux : les justices de paix, les tribunaux et les cours d'appel.

À titre d'exemple, la cour du travail de Bruxelles accorde, dans quelques arrêts récents, dont l'arrêt du 2 juillet 2019, une réparation en nature à la demande d'un salarié pour le dommage subi au sein du système de sécurité sociale en raison de l'inexécution contractuelle par son employeur. Cette jurisprudence est très claire : « la réparation en nature est une forme de réparation du dommage et ne doit pas être confondue avec l'exécution en nature de l'obligation inexécutée »[156].

L'arrêt du 22 octobre 2013 de la cour d'appel de Liège concernant la désagrégation d'une façade à la suite de l'inexécution de l'entrepreneur est également sans ambiguïté. Dans cet arrêt, la cour reconnaît la possibilité « d'une réparation en nature du dommage causé par la faute contractuelle du débiteur, un équivalent non pécuniaire de ce que l'exécution en nature aurait procuré au créancier »[157].

---

154 Toutefois, il ne peut être exclu qu'un contrat puisse être conclu entre le notaire et les parties lors de la rédaction d'un acte authentique. Voy. Cass., 29 juin 2017, R.G. nº C.12.0590.F, *N.j.W.*, 2017, p. 796, obs. F. Bruloot, *T. Not.*, 2018, p. 85 ; B. De Coninck, « La responsabilité civile du notaire », *op. cit.*, pp. 113 et s.

155 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 491 à 494, nºs 582 à 583.

156 Notre traduction, voy. C. trav. Bruxelles, 3e ch., 2 juillet 2019, R.G. nº 2018/AB/307, inédit ; C. trav. Bruxelles, 9 avril 2018, R.G. nº 2017-AB-220, *Or.*, 2019, p. 21 ; C. trav. Bruxelles, 5e ch., 16 novembre 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 102 ; C. trav. Bruxelles, 5e ch., 18 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 256, obs. S. De Rey.

157 Liège, 13e ch., 22 octobre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 190 (toutefois sur l'article 1144 du Code civil).

En ce qui concerne le manquement de l'assureur à son devoir d'information et de loyauté envers son client fondé sur la bonne foi, la cour d'appel de Mons a jugé dans un arrêt de 10 juin 2002 que « ce de dommage peut faire l'objet d'une réparation en nature qui peut consister dans le maintien de cette garantie »[158].

Le tribunal de commerce de Mons a considéré dans un jugement du 26 avril 2004, dans une affaire concernant de la marchandise défectueuse dans un contrat de vente, que « la responsabilité contractuelle constitue la source d'une obligation nouvelle de réparation du dommage causé. Cette réparation peut avoir lieu en nature »[159].

Dans une affaire concernant une compagnie de téléphone ayant oublié d'inscrire un médecin sous la rubrique médicale dans l'annuaire téléphonique, le juge liégeois condamne la compagnie à mentionner les coordonnées du médecin sur chaque facture envoyée aux abonnés de l'annuaire téléphonique[160].

Face à un bien loué devenu inhabitable en raison de l'inexécution contractuelle du bailleur, le juge de paix de Jumet a condamné le bailleur à fournir un bien équivalent. Selon le juge de paix, cela nécessitait « la réparation de ce dommage en nature et non par équivalent »[161].

22. L'acceptation par la Cour de cassation : l'arrêt du 3 octobre 2019. Pendant longtemps, il n'était pas certain que la Cour de cassation confirmerait la possibilité d'une réparation en nature en matière contractuelle. En effet, jusqu'à récemment, la jurisprudence de la Cour ne mentionnait que les dommages et intérêts en ce qui concerne la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. À titre d'exemple, la Cour a jugé que lorsque l'exécution en nature n'est pas (ou plus) possible « le juge n'a pas à rechercher les origines de l'impossibilité qui s'oppose à l'exécution […], car dès que sa réalité se trouve constatée […], elle entraîne, sauf le cas de force majeure, la substitution des *dommages-intérêts* »[162]. Dans d'autres arrêts également, la Cour semble recourir automatiquement et exclusivement aux dommages et intérêts[163]. La jurisprudence plus récente de la Cour mentionne généralement le « droit de prétendre à la réparation du dommage […] en raison du manquement contractuel » et indique qu'il s'agit du « droit à des *dommages et intérêts* résultant du manquement contractuel »[164].

---

158 Mons, 10 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 567, obs. F. Vermander ; voy. ég. Mons, 17 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 203.

159 Comm. Mons, 26 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 241.

160 Civ. Liège, 6 juin 1995, *D.I.T.*, 1996, liv. 1, p. 49, obs. P. Wéry, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1034.

161 J.P. Jumet, 11 septembre 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 458.

162 Cass., 28 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 255.

163 Voy., par exemple, Cass., 24 mars 1972, *Arr. Cass.*, 1972, p. 707, *Pas.*, 1972, I, p. 693, *R.W.*, 1971-1972, p. 2023 ; Cass., 13 octobre 2011, R.G. n° C.10.0642.N, *Arr. Cass.*, 2011, p. 2096, *Pas.*, 2011, p. 2237, *Rev. prat. soc.*, 2011, p. 444.

164 Par exemple Cass., 5 décembre 2014, R.G. n° C.14.0061.N, *Arr. Cass.*, 2014, p. 2819, *Pas.*, 2014, p. 2769, *R.A.B.G.*, 2015, p. 411, *T.B.O.*, 2015, p. 95.

Néanmoins, dans un arrêt du 3 octobre 2019, la Cour de cassation confirme pour la première fois et sans ambiguïté que la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat peut prendre la forme non seulement des dommages et intérêts, mais aussi d'une réparation en nature[165]. L'arrêt est formel :

« En vertu de l'article 1149 du Code civil, en cas d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, l'indemnisation due par le débiteur de cette obligation au créancier est, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 de ce code, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé.

Le dommage est indemnisé soit par une réparation en nature, soit par des dommages et intérêts compensatoires.

L'obligation d'indemnisation a pour but de placer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'inexécution contractuelle ne s'était pas produite. La réparation en nature ne peut pas imposer une charge plus lourde au débiteur ».

En l'espèce, l'entreprise horticole Agrokom B.V.B.A. (ci-après : « l'entreprise horticole ») produit occasionnellement de l'électricité pour son propre usage. Elle vend la surproduction de cette électricité par l'intermédiaire de la société coopérative Warmtekracht Ondersteuning Maatschappij C.V.B.A. (ci-après « WOM ») à Electrabel S.A. (ci-après « Electrabel »). À cet effet, l'installation locale de l'entreprise horticole est reliée au réseau de distribution géré par Gaselwest C.V.B.A. (ci-après : « Gaselwest »). L'entreprise horticole devait payer des frais d'injection pour l'injection d'électricité dans le réseau de distribution. Gaselwest les facturait à Electrabel, qui les récupérait contractuellement et proportionnellement aux différents membres de WOM, dont l'entreprise horticole. À la suite de l'adoption d'un décret flamand accordant une exemption pour l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables[166], l'entreprise horticole n'a plus dû payer de frais d'injection à partir du 1er février 2011. Toutefois, cette exemption a été annulée rétroactivement par l'arrêt du 12 juillet 2012 de la Cour constitutionnelle (nº 89/2012). Depuis cet arrêt, Gaselwest facture à Electrabel les frais d'injection pour la période entre l'entrée en vigueur de l'exemption (1er février 2011) et son annulation (12 juillet 2012). Electrabel les facture à son tour à l'entreprise horticole. Bien que l'entreprise horticole conteste cette facturation, elle la paie intégralement, mais sous réserve de tout droit. L'entreprise horticole demande le remboursement des frais d'injection rétroactivement facturés, majorés des intérêts.

La cour d'appel de Bruxelles a accueilli cette demande. Selon la cour, les connaissances juridiques d'Electrabel et (des membres) de WOM n'étaient pas du même niveau. Consciente de la procédure devant la Cour constitution-

165 R.G. nº C.17.0621.N, *R.G.D.C.*, 2020, p. 84, obs. S. De Rey (notre traduction).

166 Décret du 23 décembre 2010 modifiant le décret sur l'électricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'énergie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité, *M.B.*, 20 janvier 2011, p. 6397.

nelle et capable d'en évaluer les conséquences, Electrabel, qui est un puissant fournisseur d'électricité disposant d'un service juridique étendu, aurait dû, sur la base de la bonne foi, en informer son cocontractant plus faible. Cependant, Electrabel n'a pas respecté cette obligation d'information et d'avertissement. Contrairement à Gaselwest, qui a inclus une réserve claire dans sa facturation à Electrabel, Electrabel a cessé de facturer les frais d'injection après l'introduction de l'exemption décrétale, sans avertissement ni réserve au sujet de la procédure en cours devant la Cour constitutionnelle et des conséquences possibles d'une éventuelle annulation de l'exemption. Les juges d'appel considèrent que cela a mené l'entreprise horticole à penser légitimement qu'elle était définitivement exemptée des frais d'injection. Selon la cour d'appel, cette inexécution contractuelle nécessite une « réparation en nature ». À cet effet, la cour condamne Electrabel à rembourser les frais d'injection facturés rétroactivement avec intérêts.

Dans son moyen unique, Electrabel relève que l'exécution en nature de l'obligation d'information et d'avertissement n'était plus utile après les faits, de sorte que la cour d'appel a pu décider que l'exécution par équivalent s'imposait. Toutefois, le moyen reproche à la cour d'appel de concrétiser cette exécution par équivalent, sous la forme d'une réparation en nature, ce qui dépasse les limites du Code civil. En effet, le moyen invoque que l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution contractuelle, qu'il s'agisse d'une réparation en nature ou des dommages et intérêts, vise à placer la victime de l'inexécution contractuelle autant que possible dans la situation hypothétique dans laquelle elle se serait trouvée si l'inexécution n'avait pas eu lieu. Toutefois, selon le moyen, même si Electrabel avait respecté son obligation d'information et d'avertissement en informant l'entreprise horticole de la procédure pendante devant la Cour constitutionnelle et en soulignant les conséquences d'une éventuelle annulation rétroactive de l'exemption, l'entreprise horticole aurait quand même dû payer ces frais d'injection au final. Dès lors, la condamnation d'Electrabel à rembourser, à titre de réparation en nature, les frais d'injection facturés rétroactivement, place l'entreprise horticole dans une meilleure situation que si l'inexécution d'Electrabel ne s'était pas produite. Selon la Cour de cassation, le moyen est fondé.

Bien que cet arrêt rejette la (prétendue) mesure de réparation en nature qui avait été accordée, il confirme clairement la possibilité d'une réparation en nature en matière contractuelle. L'acceptation de la réparation en nature en matière contractuelle a été difficile et a pris du temps. Avec l'arrêt du 3 octobre 2019, ce processus d'acceptation est arrivé au point final. Toutefois, cet arrêt n'est pas seulement une pièce finale ; il s'agit également d'un point de départ. En effet, on attend désormais avec impatience la jurisprudence qui précisera les modalités de la réparation en nature, dans les limites fixées par les parties dans leurs conclusions, et appliquera la réparation en nature en tant qu'une forme d'indemnisation moins rigide, plus créative et parfois plus adaptée à la nature du dommage et/ou aux besoins (de l'une) des parties.

C. Le texte du nouveau Code civil : projets de réforme

23. Codification de la réparation en nature en matière contractuelle et extracontractuelle. En vertu des dispositions légales en vigueur du Code civil de 1804, l'application de la réparation en nature est acceptée par la Cour de cassation dans les deux ordres de la responsabilité civile. Pour reprendre Jacques-Henri Robert (voy. *supra*, nº 4) on pourrait donc parler, en droit commun, d'une sanction prétorienne, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle. Toutefois, il semble que cette sanction prétorienne sera bientôt codifiée. En effet, par la loi du 13 avril 2019, un nouveau code civil a été adopté et un livre 8 « La preuve » a été inséré dans ce code[167]. Le 3 avril 2019 et le 16 juillet 2019, une proposition de loi portant insertion d'un livre 5 « Les obligations » (ci-après : « la proposition de loi ») a été déposée à la Chambre des représentants[168]. En ce qui concerne la réparation du dommage causé par l'inexécution des obligations contractuelles, la possibilité d'une réparation en nature est codifiée à l'article 5.89, aux termes duquel :

« Le créancier peut exiger la réparation intégrale de son dommage, en nature ou en espèces, conformément aux articles 5.311 à 5.312 ».

Les articles 5.311 à 5.312 se situent dans le régime général de l'obligation, qui s'applique à toute obligation, que celle-ci trouve sa source dans un contrat ou dans la responsabilité extracontractuelle. Dans ce régime général, l'article 5.311, § 1er, prescrit :

« En cas d'inexécution imputable au débiteur, celui-ci est tenu de réparer intégralement, en nature ou sous forme pécuniaire, le dommage subi par le créancier ».

Ainsi, les articles 5.89 et 5.311 de la proposition de loi reconnaissent, à juste titre et dans les deux ordres de la responsabilité civile, la réparation en nature en tant que forme de réparation du dommage de droit commun.

24. Confirmation par l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle. Toutefois, la réforme de la responsabilité extracontractuelle fait l'objet d'un avant-projet distinct, qui n'a pas encore été approuvé par le conseil des ministres ni soumis au Parlement[169]. Dans cet avant-projet de loi, la réparation en nature serait

[167] Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46.353.

[168] Proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, nº 54-3709/001, déposée sans modifications par la proposition de loi du 16 avril 2019, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, nº 55-0174/001 ; voy. ég. : S. Stijns, P. Wéry *et al.*, « La réforme du droit des obligations », *in De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Bruges, die Keure, 2019, 297 p. ; voy. à ce sujet, en ce qui concerne la réparation en nature : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 154 à 156, nos 193 à 194.

[169] Disponible sur https://justitie.belgium.be/nl/bwcc (version 6 août 2018, après consultation publique) ; voy. ég. H. Bocken, B. Dubuisson *et al.*, « La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle », *in De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Bruges, die Keure, 2019, 151 p.

codifiée, en plus des articles 5.89 et 5.311 de la proposition de loi, dans une troisième disposition de droit commun, à savoir l'article 5.180, § 2, consacré aux objectifs et aux modes de réparation du dommage en matière extracontractuelle, aux termes duquel :

« La réparation a lieu en nature ou sous forme de dommages et intérêts.

Ces différents modes de réparation peuvent être appliqués simultanément si cela est nécessaire pour assurer la réparation intégrale du dommage ».

L'article 5.182 de l'avant-projet en précise les modalités de la réparation en nature en matière extracontractuelle. Par le renvoi à l'article 5.89 *jo.* 5.311, cette disposition s'appliquerait également en matière contractuelle :

« § 1er. La réparation en nature tend à supprimer concrètement les conséquences dommageables du fait générateur de responsabilité.

À cet effet, le juge peut modifier la situation juridique des parties ou ordonner que des mesures soient prises par le responsable lui-même ou à ses propres frais. La personne lésée peut aussi se faire autoriser à prendre ces mesures en lieu et place du responsable.

§ 2. Si la personne lésée la demande, la réparation en nature est accordée, sauf si elle est impossible, si elle constitue un abus de droit, si elle requiert le recours à la contrainte sur la personne du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine.

Le responsable peut proposer de réparer le dommage en nature. La personne lésée peut néanmoins refuser cette offre si elle peut se prévaloir de justes motifs ».

En attendant l'approbation de l'avant-projet sur la responsabilité extracontractuelle, la proposition de loi portant insertion du livre 5 renvoie aux articles 1382 à 1386*bis* de l'ancien Code civil, à moins que leur nature et leur portée ne soient incompatibles avec les dispositions du livre 5 (voy. art. 5.311, al. 2). Ainsi, l'acception prétorienne de la réparation en nature en vertu des articles 1382 à 1383 du Code civil (voy. *supra*, nos 14 et s.) ne serait pas mise en cause par l'insertion du livre 5.

Section 3
Régime juridique

25. L'importance de distinguer l'exécution en nature et la réparation en nature. La distinction conceptuelle entre les mesures de rétablissement (y compris l'exécution en nature) et de réparation (y compris la réparation en nature) n'est pas une simple vue de l'esprit. Il existe, en effet, d'importantes répercussions pratiques. Cela se traduit par l'application d'un régime différent à l'exécution en nature et à la réparation en nature. Les différences ont trait aux conditions de fond (A) et à la hiérarchie des remèdes (B).

A. Conditions de fond

26. Contrairement à l'exécution en nature, la réparation en nature requiert une faute, un dommage et un lien causal. À l'opposé de l'exécution en nature, la réparation en nature ne découle pas de la force obligatoire des contrats. La réparation en nature résulte de la responsabilité contractuelle (voy. *supra*, n°s 19 et s.). Selon les règles de la responsabilité contractuelle – qui sont analogues à celles de l'article 1382 du Code civil –, le créancier qui prétend que le débiteur est tenu de réparer le dommage doit apporter la preuve de l'existence de cette obligation de réparation (art. 1315, al. 1er, C. civ. et art. 8.4, al. 1er, nouveau C. civ.)[170]. Comme pour la responsabilité extracontractuelle, cette obligation en matière contractuelle naît uniquement lorsque la preuve d'une faute (ou un autre fait générateur de responsabilité), d'un dommage et d'un lien causal entre la faute en le dommage est apportée. Ainsi, comme pour les dommages et intérêts, le créancier qui réclame une réparation en nature du dommage contractuel doit apporter la preuve d'une faute contractuelle, d'un dommage et d'un lien causal[171].

En conséquence, le créancier qui demande une réparation en nature se trouve dans une situation juridique moins confortable que s'il poursuivait l'exécution en nature. En effet, le créancier qui prétend que le débiteur est tenu de se conformer à une obligation contractuelle doit logiquement apporter la preuve de cette obligation. Toutefois, cette obligation découle directement de la force obligatoire des contrats. Ainsi, le créancier qui réclame l'exécution en nature peut se contenter d'apporter la preuve de l'existence de ce contrat, plus précisément, de l'obligation qui en découle et dont il exige l'exécution en nature (art. 1315, al. 1er, C. civ. et art. 8.4, al. 1er, nouveau C. civ.)[172]. Il n'a pas à prouver l'existence d'une inexécution contractuelle, d'un dommage ou d'un lien causal[173]. Ainsi, peu importe que l'inexécution du débiteur procède d'une

[170] Voy. récemment : Cass., 28 juin 2018, R.G. n° C.17.0696.N, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.353, obs., *R.W.*, 2018-2019, p. 1260, obs.; voy. not. L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, pp. 550 à 551 ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pp. 110 à 111 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 723, n°s 102 et s.; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 1166, n° 799 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 510, n°s 533 à 536 et p. 568, n° 597 ; voy. not. K. Brieskorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

[171] Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 145 à 146, n°s 186 et s. avec réf.

[172] Cela ne change rien au fait que le créancier doit démontrer un intérêt personnel et direct en vertu des articles 17 et 18 du Code judiciaire ; voy. aussi R. Jafferali, « L'intérêt légitime à agir en réparation – une exigence… illégitime ? », *J.T.*, 2012, pp. 523 et s.

[173] Voy. J. Kirkpatrick, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs (contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle) » (obs. sous Cass., 27 février 1958), *R.C.J.B.*, 1959, p. 56 ; M. Storme, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, E. Story-Scientia, 1962, n°s 418 à 419 et 435 ; N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 99 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 720, n° 92 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 569 ; B. Cattoir, *Burgerlijk bewijsrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2013, n° 164 ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à

intention dolosive ou d'une simple négligence et que le créancier subisse un dommage en raison de l'inexécution, le créancier peut réclamer l'exécution en nature de l'obligation inexécutée dans la mesure où l'exécution de celle-ci est possible et n'est pas abusive. En effet, en tant que débiteur, on a toujours l'obligation de se conformer à ses obligations contractuelles. Contrairement à l'obligation secondaire de réparer le dommage découlant de la responsabilité civile, la naissance de cette obligation primaire ne dépend pas d'une inexécution contractuelle, ni d'un dommage ou d'un lien causal, mais découle simplement et immédiatement, de l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil. Ainsi, c'est au débiteur qu'il incombe de prouver qu'il est libéré d'exécuter son obligation, en apportant la preuve de l'exécution déjà réalisée ou d'un fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315, al. 2, C. civ. et art. 8.4, al. 2, nouveau C. civ.).

27. Il en va de même en matière extracontractuelle. Ces principes s'appliquent également à la distinction entre la cessation de l'illicite et la réparation en nature. Ainsi, celui qui prétend qu'une personne est tenue de réparer un dommage doit apporter la preuve de l'existence de cette obligation (art. 1315, al. 1er, C. civ. et art. 8.4, al. 1er, nouveau C. civ.). En vertu des articles 1382 et suivants du Code civil, cette obligation naît uniquement lorsque la preuve d'une faute (ou un autre fait générateur de responsabilité), d'un dommage et d'un lien causal entre la faute en le dommage est apportée. Ainsi, comme pour les dommages et intérêts, le créancier qui réclame une réparation en nature du dommage extracontractuel doit apporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal entre les deux.

Toutefois, en ce qui concerne la cessation de l'illicite, le demandeur n'a pas à prouver l'existence d'un dommage ou d'un lien causal[174]. En effet, la cessation

l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 111 ; B. Vanlerberghe, « Bewijslast », *in* Th. Vansweevelt et Br. Weyts (éd.), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 1045, nº 1416.

174 Voy. par exemple, dans ce sens : M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 218 et s.; H. Bocken, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, *op. cit.*, p. 150, nº 92 ; Fr. Delpérée, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration » (obs. sous Cass., 26 juin 1980), *R.C.J.B.*, 1983, pp. 189-190, nº 12 ; P. Wéry, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle » (obs. sous Liège, 8 juin 1993), *J.T.*, 1995, pp. 431 à 432 ; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, pp. 380 à 381 ; C. Bloch et Fr. Terré, « La cessation de l'illicite », in Fr. Terré (éd.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 94-96 ; P. Wéry, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle » (obs. sous Cass., 5 mai 2011), *op. cit.*, pp. 255 à 256 ; P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 403 à 407 ; G. Viney, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », *op. cit.*, p. 37 ; P. Wéry, « L'action paulienne : sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle », *R.C.J.B.*, 2015, p. 94, nos 26 et s.; P. Wéry, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », *op. cit.*, p. 76, nº 16 ; Br. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, p. 277, nº 242 ; R. Boffa, « Dispositions préliminaires », *in* M. Mekki (éd.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 57 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 101, nos 97 et s.; Ph. Le Tourneau, C. Block *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 2017, p. 1048 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*,

de l'illicite, en tant qu'une mesure de rétablissement, vise à imposer le respect du devoir extracontractuel prescrit par la loi, par une réglementation ou par le devoir général de diligence (voy. *supra*, nº 7). Le devoir de respecter cette règle de droit prescrit par la loi, une réglementation ou le devoir général de diligence existe indépendamment de l'existence d'un dommage ou d'un lien de causalité[175]. Ainsi, le juge peut l'imposer, sans qu'il soit nécessaire pour le demander d'apporter la preuve d'un dommage et d'un lien de causalité. À cet égard, la preuve de la violation du devoir concerné suffit.

Un jugement du tribunal de Liège nous en fournit un exemple intéressant[176]. Les parties demanderesses reprochent à l'État belge de s'être abstenu d'adopter des mesures appropriées pour remédier à la problématique de la surpopulation carcérale, commettant ainsi une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Les parties demanderesses ont été suivies par le tribunal. Étant donné les condamnations de l'État belge par la Cour européenne des droits de l'homme, ayant reconnu que les conditions de détention en Belgique étaient telles qu'elles constituent des traitements inhumains ou dégradants, un État normalement diligent et prudent n'aurait pas subi pareilles condamnations et n'aurait pas laissé se créer et perdurer une situation pouvant l'amener à subir pareilles condamnations. En ce qui concerne le dommage, les parties demanderesses invoquent, entre autres, les éléments suivants : la dégradation des conditions matérielles de la détention, l'absence de catégorisation des détenus/violation du droit à un traitement approprié en fonction de la catégorie de détenus à laquelle on appartient, les restrictions des soins de santé, les restrictions des contacts avec l'extérieur et des activités (comme les visites extérieures, les activités occupationnelles et le droit au culte), etc. Ainsi, à titre principal, les demanderesses sollicitent la réparation en nature du dommage subi, c'est-à-dire la condamnation de l'État belge à adopter des mesures de nature à enrayer la surpopulation carcérale. Au rang de ces mesures, elles citent entre autres : l'établissement d'un plan de politique globale d'approche de la surpopulation carcérale ; la conscientisation de tous les acteurs concernés quant au problème de la surpopulation carcérale ; la modification de la loi sur la détention préventive afin de restreindre les possibilités de délivrer un mandat d'arrêt et d'en limiter la durée ; l'amélioration du système de surveillance électronique en tant qu'alternative à la détention préventive ; l'entrée en vigueur complète de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine ; l'entrée en vigueur de l'ensemble des dispositions de la loi du 12 janvier 2005 concernant l'administration péni-

pp. 47 à 48, nº 61 ; P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, p. 95, nº 14.

175 Cela ne change rien au fait que le créancier doit d'apporter la preuve d'un intérêt personnel et direct en vertu des articles 17 et 18 du Code judiciaire ; voy. ég. R. Jafferali, « L'intérêt légitime à agir en réparation – une exigence… illégitime ? », *J.T.*, 2012, pp. 523 et s.

176 Civ. Liège, section de Namur, 4e ch., 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

tentiaire ainsi que le statut juridique des détenus ; la prise en charge adéquate des personnes internées ; l'élargissement des conditions d'octroi de la surveillance électronique ; etc. L'État belge ne conteste pas en soi les éléments invoqués à titre de dommage, mais il conteste par contre leur lien de causalité avec l'absence de mesures visant à endiguer la surpopulation. Toutefois, les mesures sollicitées par les demanderesses ne se qualifient pas comme une réparation en nature, mais plutôt comme une cessation de l'illicite. Il s'ensuit que le tribunal peut imposer les mesures visant à mettre fin à la situation illicite, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un dommage et d'un lien de causalité. Toutefois, en l'espèce, la question se pose de savoir si le principe de la séparation entre les différents pouvoirs de l'État ne fait pas obstacle à une telle condamnation (voy. *infra*, n° 32).

B. Hiérarchie des remèdes

1. La hiérarchie de la réparation en nature face aux mesures de rétablissement

28. L'exécution en nature (rétablissement) prime la réparation en nature (réparation). En principe, le rétablissement prime la réparation. C'est ce qui découle de leurs fonctions respectives (voy. *supra*, n°s 5 et s.). C'est pourquoi, en tant que mesure de rétablissement, l'exécution en nature est de règle en matière contractuelle[177]. Étant donné que l'exécution en nature résulte directement de la force obligatoire des contrats (fonction payante), elle constitue un droit tant pour le créancier que pour le débiteur[178]. À moins que cette exécution ne soit impossible ou abusive, il ensuit qu'un contractant – quelle que soit sa qualité (de créancier ou de débiteur) – a la possibilité d'imposer l'exécution en nature du contrat à l'autre partie, contre le gré de celle-ci.

Par analogie, il en va de même en matière extracontractuelle en ce qui concerne la cessation de l'illicite. Ainsi, à moins que cette mesure ne soit impossible ou abusive, la cessation de l'illicite prime la réparation du dommage (par la voie des dommages et intérêts ou une réparation en nature)[179]. La cessation de

[177] Voy., par exemple, Cass., 30 janvier 1965, *J.T.*, 1965, p. 312, *Pas.*, 1965, I, p. 538, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, obs. J. Dabin, *Rec. gén. enr. not.*, 1966, p. 436, *R.W.*, 1964-1965, p. 1553 ; Cass., 14 avril 1994, R.G. n° C.93.0161.F, *Arr. Cass.*, 1994, p. 374, *Pas.*, 1994, I, p. 370, *Act. dr.*, 1996, p. 23, obs. P. Wéry, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-Fr. Jeunehomme, *R.W.*, 1995-1996, p. 532 ; Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 136 ; Cass., 30 janvier 2003, R.G. n° C.00.0632.F, *Arr. Cass.*, 2003, p. 270, *Pas.*, 2003, p. 227, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672, *R.W.*, 2005-2006, p. 1219 et *R.G.D.C.*, 2004, p. 40 ; Cass., 26 septembre 2003, *J.J.P.*, 2006, p. 323, obs. R. Marchetti.

[178] S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 172 à 180, n°s 212 à 216.

[179] Voy. not. : R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, *op. cit.*, pp. 169 à 177 ; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, pp. 469 et s. ; voy. aussi P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 99 à 100 ; M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 209 à 253 ; Br. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, p. 483.

l'illicite constitue généralement ce que la victime d'un acte illicite souhaite le plus : l'effacement (des conséquences) de l'acte illicite.

29. Aucune obligation d'exiger ou d'offrir l'exécution en nature. Toutefois, il arrive, en matière contractuelle, qu'une victime d'une inexécution contractuelle ne poursuive pas l'exécution forcée de l'obligation inexécutée – alors même que celle-ci est possible et n'est pas abusive – et préfère obtenir des dommages et intérêts à la place. La question de savoir si une telle possibilité existe appelle, en principe, une réponse affirmative. En effet, la victime ne doit pas nécessairement exiger en justice l'exécution en nature[180]. Il en va de même pour le débiteur : les contractants peuvent parfaitement renoncer à leur droit à l'exécution en nature et réclamer ou proposer immédiatement la réparation pécuniaire ou en nature du dommage causé par l'inexécution contractuelle. À moins que l'une des parties n'invoque la primauté de l'exécution en nature, ou ne fasse valoir qu'une demande en réparation est abusive, le juge ne peut pas imposer l'exécution en nature. Même d'après la tendance plutôt récente, postérieure à l'arrêt du 14 avril 2005 de la Cour de cassation[181] (voy. *infra*, n° 31), imposant au juge de réfléchir avec les parties à la solution juridique du litige, le principe du dispositif s'oppose à une condamnation d'office à une exécution en nature lorsque seuls des dommages et intérêts sont exigés et/ou offerts et que l'exécution en nature n'est pas invoquée par l'une des parties[182]. Le cas échéant, une condamnation d'office à une exécution en nature serait une surprise totale pour les deux parties, alors que le principe dispositif vise précisément à protéger les parties d'une telle surprise.

Ainsi, le principe traditionnel, déduit de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, selon lequel la victime de l'inexécution contractuelle doit, en cas d'inexécution d'un contrat synallagmatique, choisir entre l'exécution en nature et la résolution du contrat, doit être nuancé. À moins que le débiteur ne propose l'exécution en nature d'une manière satisfaisante et légitime, le créancier dispose d'un droit d'option entre l'exécution en nature, la résolution du contrat et une réparation (pécuniaire ou en nature) du dommage contractuel.

2. La hiérarchie de la réparation en nature face aux dommages et intérêts

30. Opinion traditionnelle : primauté de la réparation en nature. Un droit tant pour le créancier que pour le débiteur. Une question

[180] S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 177 à 178, n° 214.

[181] Cass., 14 avril 2005, R.G. n° C.03.0148.F, *Arr. Cass.*, 2005, p. 868, concl., *Pas.*, 2005, p. 862, concl., *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. van Compernolle, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. de Leval, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, obs. R. Verbeke, *Chron. D.S.*, 2008, p. 497, *P. & B.-R.D.J.P.*, 2005, p. 300, obs.

[182] À ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 181 à 184, n°s 217 à 220 (et par analogie pour la réparation en nature : pp. 218 à 229, n°s 268 à 278). Bien entendu, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une obligation pécuniaire.

importante sur laquelle la proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil ne prend pas clairement position est celle de la relation hiérarchique entre la réparation en nature et les dommages et intérêts. En effet, les articles 5.89 et 5.311 de la proposition de loi se limitent à reconnaître que le dommage peut être indemnisé « en nature ou sous forme pécuniaire », sans préciser si l'une de ces formes d'indemnisation prime l'autre. Par contre, en droit positif, cette relation est claire.

En effet, en matière extracontractuelle, l'opinion traditionnelle est depuis longtemps que la réparation en nature prime les dommages et intérêts[183]. Dans un arrêt du 3 avril 2017, la Cour de cassation le confirme clairement :

« La réparation du dommage en nature est le mode normal de réparation du dommage.

Le juge est par conséquent tenu d'ordonner la réparation du dommage en nature lorsque la victime le demande ou que le responsable le propose et que le mode de réparation est en outre possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit »[184].

Ce principe, développé en matière extracontractuelle, a été transposé par la suite en matière contractuelle[185]. La proposition de loi s'inscrit dans cette logique. En effet, l'exposé des motifs précise :

« Comme toute obligation civile, l'obligation de réparer le dommage doit s'exécuter prioritairement en nature. Ce principe cède toutefois en présence d'une impossibilité ou d'un abus de droit »[186].

---

183 Voy. par exemple H. Bocken, I. Boone et M. Kruithof, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, *op. cit.*, p. 203, nº 330 ; D. de Callataÿ et N. Estienne, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 481 ; B. De Groote, D. Bruloot et R. De Corte, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, *op. cit.*, p. 315, nº 792 ; E. Dirix, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 49, nº 58 ; P.A. Foriers, « Aspects du dommage et du lien de causalité », *in* J.-Fr. Romain (coord.), *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 46, nº 36 ; G. Jocqué, « Herstel *in natura* bij onrechtmatige handeling van overheid » (obs. sous Cass., 4 septembre 2014), *N.j.W.*, 2015, p. 246 ; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, p. 469, nº 277 ; D. Simoens, « Schade en schadeloosstelling », *in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, vol. IX, II, Anvers, E. Story-Scientia/Kluwer, 1999, pp. 65 à 66, nº 34 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 729, nº 115 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, pp. 462 à 463 ; A. Van Oeleven, G. Jocqué, C. Persyn et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad : schade en schadeloosstelling (1993-2006) », *T.P.R.*, 2007, p. 977, nº 15 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 1652, nº 1120 ; A. Verbeke, N. Carette et K. Vanhove, *Handboek burgerlijk recht*, t. III, *op. cit.*, pp. 176 à 177, nº 310 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 91 à 94, nºs 86 à 88.

184 Cass., 3 avril 2017, R.G. nº S.16.0039.N, *J.T.T.*, 2017, p. 293, *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, obs. P. Dion et Y. Stevens, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1892, obs. P. Wéry. La Cour confirme cette interprétation dans son *Rapport annuel* de 2017 (voy. not. p. 37).

185 Pour une application, voy. Civ. Bruxelles, 4e ch. (nl.), 26 avril 2019, *T.B.O.*, 2019, p. 441 ; voy. not. J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 115 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 729, nº 115 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 570, nº 598 ; voy. à ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 206 à 213, nºs 247 à 260.

186 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, nº 55-0174/001, p. 89.

Ceci implique que, à moins que la réparation en nature ne constitue un abus de droit ou ne soit impossible, tant le créancier que le débiteur ont droit à celle-ci, de telle sorte qu'ils peuvent mutuellement s'imposer une réparation en nature. Ainsi, lorsque le débiteur offre une réparation en nature d'une manière satisfaisante, le créancier est obligé de l'accepter. Le refus injustifié par le créancier d'une réparation en nature offerte par le débiteur peut avoir une incidence sur la répartition des frais de justice, dont, le cas échéant, le coût de l'expertise[187]. En somme, le juge doit, dans les limites fixées par les parties dans leurs conclusions, accorder la réparation en nature lorsque le créancier la réclame ou lorsque le débiteur l'offre, sauf si le juge constate que la réparation en nature est impossible ou abusive[188].

31. Rôle du juge : possibilité d'imposer une réparation en nature d'office à l'instar du principe dispositif? Une question importante est de savoir si le juge peut, en vertu du principe de la primauté de la réparation en nature, imposer d'office une réparation en nature lorsque celle-ci n'est pas sollicitée par le créancier ni par le débiteur. À la lumière du principe dispositif (en tant que principe général de droit consacré par l'article 1138, 2°, du Code judiciaire), on peut, de prime abord, douter que le juge puisse imposer une sanction dont aucune partie ne demande l'application. En effet, la réparation en nature en vertu de la responsabilité civile n'est pas d'ordre public. Néanmoins, depuis l'arrêt du 14 avril 2005 de la Cour de cassation[189] et la jurisprudence subséquente, le droit judiciaire est en mutation à ce sujet, ce qui nécessite une réponse complexe et nuancée[190].

En somme, le cœur du problème pour répondre à la question se situe au niveau de l'objet de la demande. En effet, depuis son arrêt du 14 avril 2005, la Cour de cassation n'a cessé de nous rappeler qu'un juge qui réfléchit avec les parties et ajoute d'office des motifs ne peut modifier l'objet de la demande. Cela signifie qu'il ne peut accorder plus ou autre chose que ce qui a été demandé (art. 1138, 2° et 3°, C. jud. : interdiction de statuer *ultra petita*)[191]. Toutefois, il lui est permis d'accorder moins (*infra petita*)[192]. La question est donc de savoir si le fait, pour le juge, d'imposer une réparation en nature alors qu'aucune des parties ne sollicite celle-ci, revient à imposer autre chose (ou plus) que ce qui a

---

187 Civ. Anvers, division d'Anvers, 12e ch., 15 novembre 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 94.

188 Voy. avec les implications pratiques (et l'application du principe dispositif), S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 215 à 229, nos 266 à 278.

189 Cass., 14 avril 2005, R.G. no C.03.0148.F, *Arr. Cass.*, 2005, p. 868, concl., *Pas.*, 2005, p. 862, concl., *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. van Compernolle, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. de Leval, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, obs. R. Verbeke, *Chron. D.S.*, 2008, p. 497, *P. & B.-R.D.J.P.*, 2005, p. 300, obs.; voy. not. B. Wylleman, « De verplichting van de burgerlijke rechter om ambtshalve rechtsgronden op te werpen », *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2017, www.justitie.belgium.be, pp. 161 et s.

190 Pour tous les détails, voy. not. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 219, nos 270 et s.

191 Voy. par exemple Cass., 11 décembre 2014, R.G. no C.14.0072.F, *Arr. Cass.*, 2014, p. 2928, concl., *Pas.*, 2014, p. 2889, concl.; Cass., 13 octobre 2017, R.G. no C.15.0472.F, *R.D.C.*, 2018, p. 110.

192 B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 262, no 149.

été demandé. La réponse à cette question dépend de la manière dont la notion « objet de la demande » est conçue.

Selon la Cour de cassation, l'interprétation subjective et factuelle de l'objet de la demande est déterminante[193]. Dans le remarquable arrêt du 14 décembre 2017[194], confirmé par l'arrêt du 5 septembre 2019[195], la Cour de cassation définit l'objet de la demande comme « le résultat factuel que le demandeur recherche par sa demande ». En ce sens, il est très clair que le juge change l'objet de la demande lorsqu'il impose d'office une réparation en nature, alors que les parties ne demandent que des dommages et intérêts. En effet, le résultat que vise le demandeur avec sa demande – à savoir le paiement d'une somme d'argent – diffère clairement du résultat réel découlant d'une condamnation à une réparation en nature[196]. Il n'est donc pas surprenant que notre Cour de cassation ait, en marge d'un arrêt, déjà jugé que « le juge ne peut déterminer d'office le mode de réparation »[197], bien que cette jurisprudence soit antérieure à l'arrêt du 14 avril 2005.

---

193 Voy. déjà : J.-Fr. van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, n°s 239 à 240 ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, pp. 616 à 617 ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, « Chronique de l'office du juge » (obs. sous Cass., 22 mars 2012, Cass., 28 septembre 2012, Cass., 4 octobre 2012, Cass., 5 novembre 2012, Cass., 14 décembre 2012 et Cass., 13 mars 2013), *J.L.M.B.*, 2013, p. 1305, n° 14 ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *in* S. Stijns et P. Wéry (éd.), *De rol van de rechter in het contract*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 66 et s. ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur » (obs. sous Cass., 14 décembre 2017 et 9 mars 2018), *R.C.J.B.*, 2020, pp. 9 et s. ; S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, pp. 926 à 927, n° 1159 ; S. Jansen, « Het beschikkingsbeginsel en de prijsvermindering/schadevergoeding in de consumentenkoop » (obs. sous Cass., 23 janvier 2015), *R.W.*, 2016-2017, pp. 505 à 506 ; Fr. Rigaux, « L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé » (obs. sous Cass., 4 mai 1972), *R.C.J.B.*, 1973, p. 239, n° 16 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 436, n°s 313 et s. ; Ph. Thion, « Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering », *N.j.W.*, 2003, pp. 733 à 734, n° 24.

194 Cass., 14 décembre 2017, R.G. n° C.16.0296.N, *Consilio*, 2018, p. 39, obs. J. Rogge, *R.A.B.G.*, 2018, p. 350, obs. B. Maes et L. Vannecke, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.527, *R.W.*, 2018-2019, p. 587, obs. F. Auvray et K. Ronsijn, *R.G.D.C.*, 2019, p. 238, obs. S. Goldman et R. Jafferali, *R.D.C.*, 2018, p. 297, *V.A.V.*, 2018, p. 38, obs. J. Muyldermans.

195 Cass., 5 septembre 2019, R.G. n° C.18.0302.N, www.juridat.be ; voy. ég. Cass., 9 mars 2018, *R.C.J.B.*, 2020, p. 7.

196 Il en va de même pour une demande d'exécution en nature et la condamnation à l'exécution par équivalent et *vice versa* (voy. Ph. Thion, « Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering », *op. cit.*, p. 734, n° 25), une demande d'exécution en nature et la condamnation à une résolution et *vice versa* (voy. S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, pp. 926 à 927, n° 1159 ; S. Jansen, « Het beschikkingsbeginsel en de prijsvermindering/schadevergoeding in de consumentenkoop » (obs. sous Cass., 23 janvier 2015), *op. cit.*, p. 505, n° 6 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 434 à 435, n° 312), une demande de résolution ou d'exécution en nature et une condamnation à une réduction de prix (voy. S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, p. 929, n° 1162), une demande qui vise le maintien du contrat et une condamnation à une résolution du contrat (voy. Cass., 22 mai 1981, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 1105) ou la nullité du contrat (voy. not. Th. Tanghe, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 274 à 275, n° 271).

197 Cass., 25 octobre 2001, R.G. n° C.99.0038.N, *Arr. Cass.*, 2001, p. 1771, *Pas.*, 2001, p. 1706, *J.T.*, 2003, p. 858, *R.W.*, 2002-2003, p. 940, obs. (toutefois, sur l'action paulienne, voy. *infra*).

Dans son arrêt du 15 avril 2015, la cour du travail de Bruxelles refuse également d'accorder une réparation en nature d'office car, en vertu du principe de disposition, « cette réparation doit être réclamée, ce qui n'est explicitement pas le cas, étant donné le choix de M. D.R. pour des dommages et intérêts forfaitaires »[198]. En l'espèce, Brussels Airlines avait fait preuve d'une discrimination à l'égard du salarié en lui offrant, en raison de son âge avancé, une formation tardive pour travailler comme capitaine d'Airbus. L'homme a demandé une indemnisation sur la base de la loi anti-discrimination du 10 mai 2007[199]. Cette indemnisation est accordée selon les principes de la responsabilité extracontractuelle (art. 18, § 1er) mais, à la demande de la partie lésée, des dommages et intérêts forfaitaires peuvent être accordés (art. 20, § 2). En s'appuyant sur le droit commun, Brussels Airlines a proposé une réparation en nature. Comme il n'était pas clair sous quelle forme Brussels Airlines avait formulé cette offre, la cour a invité Brussels Airlines à prendre position sur cette question. Cependant, l'offre ne s'est jamais concrétisée. L'employé a maintenu sa demande tendant à obtenir des dommages et intérêts forfaitaires et les juges ont accédé à celle-ci.

Dans un jugement du 8 janvier 2019, concernant des fenêtres mal placées, qui provoquent une infiltration d'eau, le tribunal d'Anvers confirme que : « Gelet op het feit dat de herhaalde pogingen tot herstel, inclusief de door de deskundige gesuggereerde oplossingen, niet tot een afdoende resultaat hebben kunnen leiden is, gelet op de eigen kenmerken van deze zaak, een vervanging van de ramen de meest aangewezen oplossing. […] In de gegeven omstandigheden acht de rechtbank het in deze zaak aangewezen dat een herstel *in natura* de meest aan aangewezen wijze zou zijn van volledig herstel. Dit vormt echter niet het voorwerp van de vordering […]. Evenwel is de rechtbank gebonden door het beschikkingsbeginsel en kan ze geen dergelijk herstel *in natura* bevelen als de gelaedeerde partijen daar niet om hebben verzocht »[200].

En outre, la question se pose de savoir si le juge peut imposer d'office une réparation en nature si le créancier ne demande, de façon abusive, que des dommages et intérêts et si aucune réparation en nature n'est demandée ou offerte. En effet, le juge qui modifie le mode de réparation en accordant une réparation en nature non demandée se prononce, à première vue, *ultra petita*. On suppose que deux situations sont à distinguer[201].

A. Dans la *première situation*, le défendeur se défend en s'appuyant sur l'abus de droit. Ainsi, si le juge impose la sanction non sollicitée, il ne change pas l'objet de la demande (reconventionnelle). En effet, on considère que la défense fondée sur l'abus de droit comprendrait divers recours et réclamations, y com-

198 C. trav. Bruxelles, 1re ch., 15 mai 2015, R.G. nº 2014/CB/2, www.juridat.be et *J.T.T.*, 2015, p. 409 (notre traduction) ; voy. ég. C. trav. Bruxelles, 3e ch., 17 novembre 2015, *Chron. D.S.*, 2017, p. 54.

199 *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

200 Civ. Anvers, division d'Anvers, 12e ch., 8 janvier 2019, *T.B.O.*, 2019, p. 338.

201 Voy. not.: S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 434, nos 312 et s.; S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, p. 928, nº 1160 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 225, nº 276.

pris, dans le cas d'un droit d'option, le choix alternatif, c'est-à-dire la sanction alternative non sollicitée[202], comme le mode de réparation alternatif non sollicité. Ainsi, le juge pourrait parfaitement imposer une réparation en nature.

Certains auteurs s'interrogent toutefois à cet égard[203]. En effet, à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation qui conçoit l'objet de la demande comme le résultat factuel recherché par le demandeur, on peut se demander si le juge ne modifie pas le résultat factuel de la demande quand il impose une sanction avec un autre résultat factuel (par exemple, des dommages et intérêts, c'est-à-dire le paiement d'une somme d'argent) pour faire droit au moyen selon lequel la sanction sollicitée (par exemple, une réparation en nature) est abusive. On ne peut ignorer que le juge modifie ainsi le résultat factuel. La question de savoir si le moyen de défense, fondé sur l'abus de droit, peut justifier cette démarche ne va pas de soi. Après tout, le juge impose un résultat factuel qu'aucune des parties n'a envisagé, alors qu'il semble que la Cour de cassation entende précisément protéger les parties contre une telle solution avec sa jurisprudence sur l'appréciation factuelle de l'objet de la demande. Dans la mesure où le débiteur se défend sur la base de l'abus de droit, le créancier est donc bien avisé de demander l'application de la sanction alternative, à titre subsidiaire.

B. Dans la *seconde situation*, l'abus de droit n'est pas invoqué. Ainsi, si le juge relève d'office le caractère abusif de la demande, par exemple d'une réparation en nature, et impose d'office la sanction alternative, par exemple, des dommages et intérêts, il viole le principe dispositif[204]. La cour d'appel de Gand l'a confirmé, notamment pour le rapport entre la réparation en nature et les dommages et intérêts en matière extracontractuelle[205]. Ceci semble confirmé

---

202 S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 438 à 439, nº 315 ; S. Stijns, « Het keuzerecht van de schuldeiser tussen de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst : mogelijkheden en moeilijkheden » (obs. sous Cass., 15 avril 1994), *R. Cass.*, 1994, p. 236 ; S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, p. 928, nº 1160 ; P. Wéry, « L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle », *in* P. Wéry et S. Stijns (dir.), *Le juge et le contrat*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 444, nº 17.

203 R. Jafferali, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 947, nº 420.

204 S. Jansen, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, *op. cit.*, p. 928, nº 1160 ; A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, *op. cit.*, p. 488, nº 389 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 440, nº 315b ; voy., par contre, les auteurs qui permettent au juge d'invoquer l'abus de droit d'office : A. De Boeck et F. Vermander, « Rechtsmisbruik in het contractenrecht : de rechtsuitoefening aan banden gelegd », *in* J. Rozie, S. Rutten et A. Van Oevelen (éd.), *Rechtsmisbruik*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 30, nº 1 (« sinds het cassatiearrest van 14 april 2005 kan de rechter het rechtsmisbruik toch ambtshalve opwerpen op basis van de rechtstreeks aangevoerde feiten mits hij de rechten van verdediging daarbij in acht neemt en op voorwaarde dat partijen een betwisting op grond van rechtsmisbruik niet hebben uitgesloten ») ; P. Wéry, « L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle », *op. cit.*, p. 442, nº 15.

205 Gand, 10e ch., 21 avril 2017, R.G. nº 2016/NT/550, www.juridat.be, cons. 11.5 (« Hij of zij die schade lijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad heeft het recht herstel *in natura* te vorderen, wanneer zulks mogelijk is en geen rechtsmisbruik oplevert. Het recht van de derde-benadeelde uit een bouwmisdrijf op herstel *in natura* vindt een begrenzing in het verbod op rechtsmisbruik […]. Het hof kan het bestaan van rechtsmisbruik echter niet ambtshalve inroepen. Wanneer de overtreder nalaat aan te voeren dat de herstelvordering rechtsmisbruik uitmaakt, moet de rechter, die het oorzakelijk verband tussen een

par un arrêt de la Cour de cassation – certes antérieur à l'arrêt du 14 avril 2005 – en ce qui concerne le droit d'option entre l'exécution en nature et la résolution du contrat, consacré à l'article 1184, alinéa 2, du Code civil[206].

32. Circonstances écartant la primauté de la réparation en nature. La primauté de la réparation en nature, acceptée tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, ne s'avère pas absolue. Il est évident que des circonstances peuvent écarter cette primauté. Le cas échéant, les dommages et intérêts constituent la seule forme d'indemnisation possible. L'impossibilité peut être d'ordre (1) matériel ou juridique, (2) résulter de l'interdiction de l'abus de droit, (3) de l'interdiction de la contrainte physique sur la personne du débiteur, (4) d'une perte de confiance fondamentale entre les parties, ou encore, (5) de l'aménagement conventionnel.

1. *L'impossibilité matérielle ou juridique.* Il est, en matière extracontractuelle, classique de juger que le préjudicié peut, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, exiger « la réparation de son dommage en nature si elle est possible et ne constitue pas un abus de droit »[207]. En effet, il est logique que la réparation en nature doive être possible pour pouvoir être accordée. L'impossibilité peut être d'ordre matériel (A) ou juridique (B).

A. En ce qui concerne *l'impossibilité matérielle*, le critère est de savoir si l'objet de l'obligation secondaire (de réparation) est matériellement possible. De simples difficultés dans la mise en œuvre de la réparation en nature ne suffisent pas. Un simple surcoût par rapport au coût de la prestation faisant l'objet de l'obligation contractuelle (primaire) n'est pas non plus suffisant. Il est toutefois susceptible de constituer un critère d'appréciation du caractère abusif de l'obligation légale (secondaire) (voy. *infra*, n° 32.2). Seule une impossibilité qui est, humainement parlant, impossible à réaliser constitue une impossibilité matérielle. L'impossibilité peut également survenir avec le temps (par exemple parce qu'elle n'est plus utile pour le créancier) ou sur un plan technique (par exemple parce que la réparation est techniquement impossible).

À titre d'exemple, la réparation en nature du préjudice corporel est très souvent considérée comme impossible. En effet, le préjudice corporel causé par

bewezen schade in hoofde van de derde-benadeelde en het bouwmisdrijf vaststelt, en verder constateert dat er geen (wettige) regularisatievergunning voorhanden is, de herstelvordering in de regel toekennen »).

206 Cass., 9 mai 2003, R.G. n° C.00.0203.N, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1136, *Pas.*, 2003, p. 964, *R.W.*, 2006-2007, p. 510, obs.

207 Voy. not. Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, p. 31, *Pas.*, 1972, I, p. 28 ; Cass., 26 juin 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, p. 686, *J.T.*, 1980, p. 707, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, concl. J. Velu, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, obs. Fr. Delpérée, *R.W.*, 1980-1981, p. 1661, obs.; Cass., 20 janvier 1993, *Arr. Cass.*, 1993, p. 74, *Pas.*, 1993, I, p. 67, *J.L.M.B.*, 1993, p. 635 ; Cass., 21 avril 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 392, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass., 5 mai 2011, R.G. n° C.10.0496.F, *Arr. Cass.*, 2011, p. 1157, *Pas.*, 2011, p. 1272, concl. av. gén. A. Henkes, *A. & M.*, 2012, p. 437, *I.C.I.P.*, 2011, p. 50, *R.C.J.B.*, 2012, p. 363, obs. L. Van Bunnen, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.846, obs. N. Estienne, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, obs. P. Wéry ; Cass., 15 mars 2017, 2017, R.G. n° P.16.1109.F, www.juridat.be ; Cass., 3 avril 2017, R.G. n° S.16.0039.N, *J.T.T.*, 2017, p. 293, *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, obs. P. Dion et Y. Stevens, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1892, obs. P. Wéry ; Cass., 5 septembre 2018, R.G. n° P.17.1175.F, www.juridat.be.

un médecin ne peut généralement pas être réparé en nature. On pense ici à une maladie incurable ou une invalidité permanente. La réparation en nature n'est envisageable que dans des cas exceptionnels. Elle peut prendre la forme d'une nouvelle intervention (par exemple esthétique), d'un traitement supplémentaire ou de la pose d'une prothèse (par exemple après l'amputation d'un membre). Dans les cas exceptionnels où la réparation en nature du préjudice corporel est matériellement possible, la primauté de la réparation en nature autoriserait le médecin responsable du dommage à contraindre son patient à subir la nouvelle opération afin que le premier puisse réparer (au moins partiellement) le dommage. Cette solution soulève toutefois des objections fondamentales. Ainsi, la Cour de cassation française a, dans le but de protéger l'intégrité physique de chacun, considéré, sur la base de l'article 16-3 du Code civil, que le médecin (dans l'espèce son assureur) ne peut contraindre le patient à subir une nouvelle intervention médicale à titre de réparation[208]. En Belgique, une telle réserve semble être proposée par l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans notre nouveau Code civil : « Si la personne lésée la demande, la réparation en nature est accordée, sauf si […] elle est contraire à la dignité humaine » (art. 5.182, § 2). Néanmoins, Pauline Colson souligne, à juste titre, que le simple fait qu'il s'agisse d'un préjudice corporel n'exclut pas l'application de la réparation en nature aux atteintes à l'intégrité physique[209]. Ainsi, des prestations en nature par les compagnies d'assurances pour les personnes présentant un handicap à la suite d'un accident sont envisageables. La prise en charge des dépenses de santé ou de certains médicaments, le remboursement des aides techniques et des aménagements immobiliers, ou encore, l'indemnisation de certains besoins d'assistance pourraient être également qualifiés de mesures de réparation en nature. Dans le même esprit, la réparation en nature peut prendre la forme d'excuses (forcées) par le responsable[210].

B. La réparation en nature doit non seulement être possible au niveau matériel, mais également au niveau *juridique*. Ainsi, la réparation en nature ne peut affecter les droits des tiers de bonne foi.

Par exemple, à la suite de l'installation d'une antenne de GSM, une personne a subi un dommage et le subit toujours à ce jour. Les nuisances esthé-

---

208 Cass. fr., 2e ch. civ., 19 mars 1997, *Bull. civ.*, 1997, II, nº 86 (sur l'acceptation d'une prothèse), avec référence à l'article 16-3 du Code civil aux termes duquel « nul ne peut être contraint hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale ». Même sans l'article 16-3 du Code civil, cette solution serait retenue, voy. not. : Fr. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations : théorie générale*, *op. cit.*, p. 733, nº 621, note 4. Pour la Suisse, voy. H. Merz, « Obligationenrecht. Allgemeiner Teil », *in Schweizerisches Privatrecht*, t. VI/1, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1984, p. 193.

209 P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 85 et s.

210 Voy. à ce sujet not. S. De Rey, « Excuseer ? ! Afgedwongen excuses in het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2017, pp. 1153 et s. Dans le même sens, défendant l'acceptation de cette forme de réparation en nature, voy. J. Van de Voorde, « L'excuse contrainte par justice (l'amende honorable) en droit de la responsabilité belge – Recherches sur la réparation ou la satisfaction du dommage moral », *R.G.A.R.*, 2019, nº 15.545 ; P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 85 et s.

tiques/visuelles sont établies. Le permis n'était pas correctement motivé et doit dès lors être déclaré inapplicable (art. 159 Const.). La cour estime, en l'espèce, que la réparation du dommage doit se faire par des dommages et intérêts et non en nature (*sensu lato*). En effet, une démolition de l'antenne mettrait en péril les droits de tiers, qui ne sont pas à la cause, notamment les autres opérateurs qui ont des droits d'utilisation sur l'antenne émettrice. Le service des opérateurs pourrait être mis en péril[211].

De plus, un débiteur ne peut, à titre de réparation en nature, être obligé de transférer à son créancier un bien de son patrimoine sur lequel un tiers de bonne foi a déjà acquis des droits. Plus généralement, on enseigne traditionnellement qu'un débiteur ne peut, à titre de réparation en nature, être forcé à transférer un bien de son patrimoine au créancier, car cela équivaudrait à une expropriation à des fins purement privées, laquelle est contraire à l'article 16 de la Constitution et à l'article 1er, alinéa 2, du premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme[212]. Néanmoins, nous avons, dans notre thèse de doctorat, démontré que cette prétendue limite ne vaut pas pour les condamnations à réparer en nature et qu'il existe déjà des mesures de réparation en nature considérées comme acquises, dans lesquelles un débiteur peut être forcé à transférer un bien de son patrimoine au créancier. Ainsi, à titre d'exemple, que penser d'autre d'un vendeur qui à l'instar de l'article 1649*quinquies*, § 2, du Code civil, doit livrer un bien (neuf) à l'acheteur en guise de réparation en nature ?

Un autre motif d'impossibilité juridique pose principalement problème en matière extracontractuelle, à savoir les mesures de réparation en nature imposées à l'État. En effet, en imposant une mesure de réparation à l'État, le juge ne peut porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Toutefois, il n'en découle pas que le juge doit forcément recourir à des dommages et intérêts[213]. La Cour de cassation le confirme dans les termes suivants :

« Si les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à une autorité administrative lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable, le principe général du droit de la séparation des

[211] Gand, 22 mars 2018, *T.M.R.*, 2019, liv. 2, p. 177.

[212] N. Simar et L. De Zutter, « Le régime légal de l'évaluation du dommage », *in* J.-L. Fagnart (éd.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2013, f. mob., p. 62, nº 421 ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, pp. 154 à 155, nº 117 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 568, nº 596 ; P. Wéry, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », *op. cit.*, p. 114, nº 42. Pour le droit français, voy. not. Br. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, nº 302 ; F. Leduc, « Régime de la réparation – Modalités de la réparation », *J.-Cl. Civil Code*, art. 1382-1386, 2014, nº 41 ; M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, pp. 281 à 282.

[213] Civ. Liège, 4e ch., 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917 ; Civ. Bruxelles, 14 avril 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1568.

pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives »[214].

La Cour de cassation se réfère à la réparation en nature *sensu lato*, mais le même raisonnement s'applique à la réparation en nature *stricto sensu*. Ainsi, quand il existe plusieurs possibilités légales pour réparer le dommage en nature, le juge judiciaire, dans la détermination de la mesure concrète de la réparation en nature, ne peut ni priver l'administration de sa liberté de décision, ni décider à la place de l'administration. Ce faisant, il ne tiendrait pas compte de la compétence discrétionnaire de l'administration. Toutefois, dans la mesure où il s'agit d'une compétence liée ou d'une compétence initiale discrétionnaire qui se transforme en une compétence liée – parce que les circonstances concrètes ne laissent qu'une seule possibilité d'exercer légalement la compétence de réparer le dommage en nature –, le juge judiciaire peut exiger de l'administration qu'elle prenne cette mesure de réparation, sans méconnaître pour autant le principe général de la séparation des pouvoirs[215].

Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles nous en fournit un exemple[216]. Selon celui-ci, l'État belge a commis une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil en attendant plus de onze ans pour mettre en place une commission paritaire dans la mise en œuvre d'une loi. L'association professionnelle pour laquelle la commission paritaire devait être constituée réclamait, à titre de réparation en nature *sensu lato*, la condamnation de l'État belge à la composition de la commission, sous peine d'une astreinte. Les juges d'appel ont honoré cette demande, mais ont constaté qu'il était, au sens de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire, temporairement impossible de se conformer à la condamnation principale. En effet, la ratification du comité mixte par le Parlement était impossible dès lors, qu'entre-temps, le gouvernement était tombé et le Parlement avait été dissous. Les juges d'appel ont accepté l'impossibilité temporaire jusqu'à la première session plénière de la Chambre des représentants, prolongée d'une période raisonnable de deux mois afin de permettre au Parlement de ratifier l'arrêté royal par voie législative et de publier la loi de ratification. À proprement parler, il ne s'agissait pas d'une réparation en nature, mais plutôt d'une exécution forcée en nature d'un devoir légal, c'est-à-dire une cessation de l'illicite (voy. *supra*, nº 7).

---

214 Cass., 4 septembre 2014, R.G. nº C.12.0535.F concl. av. gén. J.-Fr. Leclercq, *A.T.P.*, 2015, p. 203, *J.L.M.B.*, 2015, p. 872, *N.j.W.*, 2015, p. 244, obs. G. Jocqué, *R.G.A.R.*, 2015, nº 15.177, *R.G.D.C.*, 2015, p. 569, obs. D. Renders, *V.A.V.*, 2015, p. 46, obs. G. Jocqué.

215 À ce sujet, voy. D. Renders, « Dans quelle mesure le principe de la séparation en pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? » (obs. sous Cass., 4 septembre 2014), *R.G.D.C.*, 2015, p. 578, nº 18 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 346, nos 436 et s. ; voy. ég. le même raisonnement pour l'application de l'article 36, § 1er, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État (« Lorsque la nouvelle décision à prendre résulte d'une compétence liée de la partie adverse, l'arrêt se substitue à celle-ci »), voy. not. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, nos 883 et s.

216 Bruxelles, 1re ch., 10 septembre 2013, *R.W.*, 2015-2016, p. 348.

Un exemple nuancé est fourni par un jugement du tribunal de Liège où il est question de la responsabilité civile de l'État belge en ce qui concerne la surpopulation pénitentiaire existant au sein de l'établissement pénitentiaire de Lantin (voy. *supra*, nº 27). La décision s'énonce comme suit : « Le principe est celui de la réparation en nature. […] Ce principe s'applique même à l'égard d'une autorité publique : ni la séparation des pouvoirs ni l'immunité d'exécution dont bénéficient les pouvoirs publics n'y font obstacle. Les tribunaux peuvent donc prescrire à l'autorité l'exécution des mesures qui seraient de nature à mettre fin à la situation dommageable. Si le principe de la séparation entre les différents pouvoirs de l'État n'implique ni que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes, ni que les tribunaux de l'ordre judiciaire ne pourraient constater pareille faute pour condamner l'État à réparer les conséquences dommageables qui en ont résulté, ce principe s'oppose toutefois à ce qu'un tribunal impose à l'État de prendre telle ou telle mesure précise à titre de réparation du dommage, un tribunal ne pouvant pas s'immiscer dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois. Ainsi, en l'espèce, il serait tout à fait contraire au principe de la séparation des pouvoirs d'ordonner à l'État belge de faire les modifications législatives précises sollicitées par les parties demanderesses, dans le sens demandé par celles-ci (restriction des possibilités de délivrer un mandat d'arrêt et limitation de sa durée, extension des conditions d'octroi de la suspension du prononcé et du sursis, élévation de la peine de travail et de la peine de probation comme peines prioritaires, conditionnement de poursuites pénales à l'échec du processus de médiation…). […]. S'il peut être imposé à l'État de prendre des mesures afin de faire diminuer la surpopulation carcérale au sein de la prison de Lantin, il appartient à l'État de décider quelles mesures il va adopter à cette fin. […] En ce qui concerne les mesures sollicitées par les parties demanderesses et visant le pouvoir exécutif, les demandes portant sur l'entrée en vigueur complète de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités exécution de la peine, ainsi que sur l'entrée en vigueur de l'ensemble des dispositions de la loi du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, appellent quelques observations spécifiques. En effet, le pouvoir exécutif a l'obligation de faire entrer en vigueur une loi dans un délai raisonnable. […] Rien n'interdit que le juge ordonne à l'administration de mettre en œuvre son pouvoir réglementaire si elle en a l'obligation. En effet, les articles 1382 et suivants du Code civil permettent au juge d'ordonner à une autorité administrative d'exécuter une obligation, formellement établie, lui imposant de faire, ne pas faire ou de donner. Toutefois, cette autorité doit garder le pouvoir de régler, dans le respect des règles qui s'imposent à elle, le contenu de cette obligation compte tenu, selon le cas, de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire ou de sa compétence liée en la matière. En l'espèce, il est donc théoriquement possible au présent tribunal d'ordonner à l'État, en sa

qualité de pouvoir exécutif, de faire entrer en vigueur la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, ainsi que la loi du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus. […] Il résulte de ces éléments que si le présent tribunal peut – et estime devoir – condamner l'État belge à prendre les mesures appropriées afin de remédier au problème de la surpopulation pénitentiaire au sein de la prison de Lantin, il ne lui appartient cependant pas de définir quelles mesures il incombe à l'État de prendre. Le tribunal ne peut donc que condamner l'État belge à prendre les mesures nécessaires afin de lutter efficacement contre la surpopulation pénitentiaire au sein de la prison de Lantin, sans pouvoir se prononcer plus précisément quant auxdites mesures »[217]. À proprement parler, il ne s'agissait pas d'une réparation en nature, mais plutôt d'une cessation de l'illicite, raison pour laquelle ni le dommage ni le lien de causalité ne devraient être explicités ou établis (voy. *supra*, nº 27).

2. *L'abus de droit*. Le débiteur qui veut éviter une condamnation à une réparation en nature, ou le créancier qui veut éviter de se voir imposer une réparation en nature, peuvent invoquer l'interdiction générale de l'abus de droit en tant que moyen de défense[218]. Outre le critère général de l'abus de droit[219], l'appréciation du caractère abusif d'une mesure de réparation en nature est également soumise aux critères particuliers qui concrétisent cette interdiction générale. Parmi ceux-ci, le critère de proportionnalité est le plus fréquemment utilisé. Il n'est ainsi pas étonnant que les législateurs étrangers codifient régulièrement celui-ci par rapport à la réparation en nature (voy., par exemple, § 251, al. 2, B.G.B.; art. 1261, al. 2, de l'avant-projet français du 13 mars 2017, basé sur l'article 51, alinéa 1er, du projet Terré ; art. 368, al. 2, C.O.). Le législateur belge codifie également ce critère particulier dans quelques dispositions spéciales, notamment l'article 1649*quinquies*, § 2, du Code civil et l'article 35, alinéa 1er, de la loi sur les voyages à forfait. L'avant-projet de loi belge portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau

217 Civ. Liège, section de Namur, 4e ch., 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

218 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 349, nos 439 et s.

219 Voy. not. Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, p. 31, *Pas.*, 1972, I, p. 28 ; Cass., 26 juin 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, p. 686, *J.T.*, 1980, p. 707, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, concl. J. Velu, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, obs. Fr. Delpérée, *R.W.*, 1980-1981, p. 1661, obs.; Cass., 20 janvier 1993, *Arr. Cass.*, 1993, p. 74, *Pas.*, 1993, I, p. 67, *J.L.M.B.*, 1993, p. 635 ; Cass., 21 avril 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 392, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass., 5 mai 2011, R.G. nº C.10.0496.F, *Arr. Cass.*, 2011, p. 1157, *Pas.*, 2011, p. 1272, concl. av. gén. A. Henkes, *A. & M.*, 2012, p. 437, *I.C.I.P.*, 2011, p. 50, *R.C.J.B.*, 2012, p. 363, obs. L. Van Bunnen, *R.G.A.R.*, 2012, nº 14.846, obs. N. Estienne, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, obs. P. Wéry ; Cass., 15 mars 2017, 2017, R.G. nº P.16.1109.F, www.juridat.be ; Cass., 3 avril 2017, R.G. nº S.16.0039.N, *J.T.T.*, 2017, p. 293, *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, obs. P. Dion et Y. Stevens, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1892, obs. P. Wéry ; Cass., 5 septembre 2018, R.G. nº P.17.1175.F, www.juridat.be.

Code civil ne s'arrête pas, à juste titre, au critère de proportionnalité, et prévoit plus généralement une réserve en cas d'abus de droit :

« Si la personne lésée la demande, la réparation en nature est accordée, sauf si elle […] constitue un abus de droit » (art. 5.182, § 2).

Le critère de proportionnalité s'oppose à une demande de réparation en nature lorsqu'une telle réparation confère au créancier un avantage manifestement disproportionné par rapport au désavantage qu'elle fait subir au débiteur. C'est, par exemple, le cas lorsque le coût de la réparation ou du remplacement d'un bien endommagé est manifestement disproportionné par rapport au défaut à réparer. Afin de procéder au contrôle de proportionnalité, le juge tient, d'une part, compte des coûts de la réparation en nature (par exemple, le prix des travaux de réparation à effectuer) et, d'autre part, (i) de la valeur totale (objective) du bien endommagé, (ii) de la gravité du défaut à réparer, (iii) de la possibilité d'accorder des dommages et intérêts sans inconvénient concret pour le créancier et (iv) du bénéfice matériel qui résulterait de la réparation en nature pour le créancier[220]. Lorsqu'il s'agit de défauts purement esthétiques, la demande de réparation en nature est susceptible d'entraîner plus vite un abus de droit que lorsqu'elle rétablit le bénéfice matériel pour le créancier[221].

À titre d'exemple, un client ne commet pas d'abus de droit en exigeant de son entrepreneur défaillant de réparer la piscine mal construite, même si elle était trop courte d'à peine quelques centimètres. Étant donné que le contrat indiquait que la piscine était destinée à des activités sportives professionnelles, l'entrepreneur ne pouvait pas se défendre en faisant valoir que la piscine construite était suffisamment utile[222].

En 1988, une banque néerlandaise a vendu, pendant un certain temps, des actions d'un portefeuille de titres en violation des accords conclus avec ses clients. La banque est tenue responsable pour la violation de l'interdiction de disposition. Les clients ont réclamé des actions équivalentes à titre de réparation en nature. Toutefois, le tribunal a rejeté cette demande. Selon le tribunal, il ne serait ni raisonnable ni équitable de charger la banque de l'achat de titres (partiellement obsolètes) presque vingt ans après la vente. En conséquence, les clients ont obtenu des dommages et intérêts[223].

En ce qui concerne une demande abusive de réparation en nature, *la sanction de l'abus de droit* peut prendre deux formes[224]. Tout d'abord, le juge peut

[220] Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 352-356. Comp. ég. : C.J.U.E., 16 juin 2011, *Weber* et *Putz*, n^os^ C-65/09 et C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396.

[221] Voy. à ce sujet : S. De Rey et Br. Verkempinck, « Wanprestaties in aanneming en vergoeding van herstelkosten of minderwaarden : kent u de principes nog ? », *T.B.O.*, 2019, pp. 370 et s.

[222] Voy. en Suisse : A.T.F., 26 octobre 1967, *J.d.T.*, 1969, I, p. 143, cons. 4 ; voy. F. Werro et M. Viret, « Le coût excessif de la réfection de l'ouvrage et la sanction du contrat en cas de déplaisir consécutif au défaut », *D.C.*, 2008, p. 120.

[223] Voy. concl. av. gén. Verkade sous H.R., 13 juillet 2007, *JOL*, 2007/524.

[224] Voy. à ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 356, n°s 445 et s.

priver le créancier du droit de se prévaloir de la réparation en nature dans les circonstances concrètes[225]. Ainsi, le juge rejette la demande abusive, et accorde, le cas échéant, des dommages et intérêts dans les limites fixées par les parties dans leurs conclusions (voy. *supra*, nº 31). Deuxièmement, au lieu d'empêcher le créancier de se prévaloir de son droit à une réparation en nature, le juge peut lui accorder la réparation en nature (même abusive), mais en lui faisant supporter la partie disproportionnelle des frais. Cette solution, désormais imposée par la Cour de justice de l'Union européenne pour la réparation et le remplacement dans le contentieux de la vente de biens de consommation (voy. art. 1649*quinquies*, § 2, C. civ.)[226], n'est guère appliquée en droit commun de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Toutefois, l'application de cette solution peut également se défendre en droit commun. En effet, la sanction de l'abus de droit peut non seulement consister à imposer l'exercice normal du droit, mais également à réparer le dommage résultant de cet abus[227]. Ainsi, la condamnation au paiement de la partie disproportionnelle des frais se traduit comme des dommages et intérêts en tant que réparation du dommage résultant de l'abus. La partie proportionnelle des frais reste à la charge du débiteur. La première sanction est probablement plus appropriée en cas de disproportion manifeste grave, alors que la répartition des frais offre une solution adaptée en cas de disproportion manifeste moins flagrante.

3. *L'interdiction de la contrainte physique sur la personne du débiteur.* Le principe général de droit interdisant toute forme de contrainte physique sur la personne du débiteur (voy. *supra*, nº 19) peut également écarter la primauté de la réparation en nature. L'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil le prescrit d'une manière plus générale : « Si la personne lésée la demande, la réparation en nature est accordée, sauf si […] elle requiert le recours à la contrainte sur la personne

[225] Voy. not. d'une manière plus générale : Cass., 8 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 245, *Pas.*, 2001, p. 244, *R.W.*, 2001-2002, p. 778, obs. A. Van Oevelen, *J.T.*, 2002, p. 475, *R.G.D.C.*, 2004, p. 396, *T. Not.*, 2001, p. 473, obs. C. Dewulf (sur une clause contractuelle) ; Cass., 1er octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470, *R.W.*, 2011-2012, obs. S. Jansen et S. Stijns, *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, obs. P. Bazier, *R.D.C.*, 2011, p. 77 (sur une sanction pour inexécution contractuelle) ; Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 44, concl. A. Henkes, *R.G.D.C.*, p. 338, obs. P. Bazier, *T.B.O.*, 2011, p. 109, concl. A. Henkes (sur une sanction pour inexécution contractuelle) ; Cass., 2 février 2018, R.G. nº C.17.0386.F, *J.T.*, 2018, p. 462, obs. Fr. Glansdorff (sur une clause contractuelle) ; Cass., 19 octobre 2018, R.G. nº C.15.0086.N., cons. 2 (sur l'astreinte) ; voy. not. J. Baeck, « Gevolgen tussen partijen », *in Comm. Bijz. Ov.*, Malines, Kluwer, 2007, nº 108 ; A. De Boeck et F. Vermander, « Rechtsmisbruik in het contractenrecht : de rechtsuitoefening aan banden gelegd », *op. cit.*, pp. 47 à 48 ; A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, *op. cit.*, nº 343 ; S. Stijns, « De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie », *in* J. Smits et S. Stijns (éd.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgsich en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 97 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 119, nºs 45 et s. ; S. Stijns et S. Jansen, « De basisbeginselen van het contractenrecht : kroniek van de recentste evoluties », *R.G.D.C.*, 2013, p. 2, nº 45 ; A. Van Oevelen, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004) », *R.W.*, 2004-2005, p. 1646 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 463 à 464, nº 486.

[226] C.J.U.E., 16 juin 2011, *Weber et Putz*, nºs C-65/09 et C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396.

[227] Voy. les réf. note 225.

du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine » (art. 5.182, § 2, al. 1er). Cette disposition s'inspire de l'article 51 du projet Terré.

L'interdiction de la contrainte physique sur la personne du débiteur n'est, bien entendu, pertinente que pour l'exécution *forcée* de la condamnation du débiteur (voy. par analogie pour l'exécution en nature, *supra*, nº 19). Le champ d'application de cette limite est donc assez limité. En outre, la condamnation à une réparation en nature peut être accompagnée d'une astreinte, qui ne constitue pas une contrainte physique sur la personne du débiteur, mais seulement sur son patrimoine (art. 1385*bis* C. jud.). De plus, le créancier peut généralement obtenir la réparation en nature par l'application du remplacement (extrajudiciaire) du débiteur (voy. *infra*, nos 55 et s.) ou, dans certains cas, le juge lui-même (voy. *infra*, nos 67 et s.). Par contre, pour les auteurs d'œuvres scientifiques et artistiques, l'exécution forcée d'une condamnation en nature est souvent considérée problématique par rapport, entre autres, à la liberté artistique, scientifique ou, plus généralement, la liberté intellectuelle. Cependant, ces dernières limites se trouvent, de plus en plus, sous pression[228].

Le droit néerlandais fournit un exemple de confrontation de la réparation en nature avec l'interdiction de la contrainte physique sur le débiteur. La Cour suprême néerlandaise a accepté, à titre de réparation en nature, la condamnation d'un débiteur à une collecte forcée de sang alors même que cette forme de réparation en nature était accompagnée d'une forme de contrainte physique sur la personne. En l'espèce, la partie lésée dans une affaire de viol considérait qu'elle avait vécu dans une incertitude insupportable depuis le crime. En effet, elle ne savait pas si elle avait été infectée par le V.I.H. à la suite de celui-ci dans la mesure où son test sanguin était insuffisant pour l'exclure. Elle a ainsi exigé que son agresseur subisse un prélèvement de sang forcé. L'auteur de l'infraction – qui a qualifié la demande de la partie lésée comme une forme de réparation en nature – ne pouvait pas se défendre au motif de la protection de son intégrité physique et de l'inviolabilité de son corps (art. 2, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) puisque, selon la Cour suprême, ce droit fondamental trouve ses limites « in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. In elk geval tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op art. 1401 [*N.D.L.R.: l'équivalent de l'article 1382 du Code civil*], zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen »[229]. Le droit à l'intégrité physique de l'agresseur pouvait donc légitimement être limité en faveur de l'exécution forcée de la réparation en nature demandée. Cette jurisprudence, ayant trait à un cas de responsabilité extracontractuelle, a été confirmée par la Cour suprême dans la relation contractuelle. Il s'agissait,

228 Voy., à ce sujet, S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, nº 706.

229 H.R., 18 juin 1993, *NJ*, 1994/347, concl. A.-G. Koopmans, obs. C.J.H. Brunner et E.A. Alkema.

dans cet arrêt, de la demande faite par un médecin ayant contracté le V.I.H. au contact d'un patient[230].

La Cour de cassation belge a, en revanche, considéré que l'interdiction de la contrainte physique sur la personne constitue un principe général de droit selon lequel toute contrainte physique sur une personne, notamment pour l'obliger à accomplir un acte ou pour la soumettre à un examen physique ou mental, est interdite en dehors des cas déterminés par la loi[231].

4. *La perte de confiance.* Tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, la jurisprudence écarte généralement le principe de la primauté de la réparation en nature lorsque le créancier ne fait plus confiance au débiteur. Elle impose, dans cette hypothèse, des dommages et intérêts, alors même que la réparation en nature reste matériellement possible et n'est pas abusive[232]. En effet, pour que le débiteur puisse réparer le dommage en nature, une relation de confiance entre les parties est importante. Ainsi, si le débiteur cause une rupture de confiance irrémédiable, la condamnation du débiteur à réparer le dommage en nature n'apparaît point utile. Elle ne ferait qu'intensifier le conflit ou créerait des contestations supplémentaires.

La mesure dans laquelle la confiance entre le débiteur et le créancier permet une mesure de réparation en nature effectuée par le débiteur, est appréciée à la lumière de l'intensité avec laquelle cette mesure de réparation nécessite une intervention matérielle active du débiteur. À titre d'exemple, il s'agit souvent d'obligations de faire, comme des réparations à la suite d'un contrat de vente ou d'entreprise. Par contre, les mesures de réparation qui ne nécessitent pas une intervention matérielle intensive du débiteur (comme la livraison de biens équivalents) peuvent être accordées plus aisément.

Ainsi, un client peut perdre confiance en son architecte si toutes ses propositions dépassent manifestement le budget de construction convenu[233].

Dans un autre arrêt, rendu par la Cour de cassation le 26 janvier 1976, une des trois publications publicitaires était si gravement défaillante que le créancier des deux autres publications avait perdu confiance en l'éditeur. Il craignait que la publication des deux autres articles ne soit contre-productive[234]. Dans ce cas, une réparation en nature par l'éditeur n'était pas appropriée.

Dans les contrats de voyages à forfait, la jurisprudence conclut à l'existence d'une perte de confiance lorsque les questions du voyageur ne reçoivent qu'une réponse évasive ou très restrictive, ou lorsqu'aucun représentant de l'organisateur de voyages n'est présent ou disponible pour l'aider sur place[235]. Ce n'est

230 H.R., 12 décembre 2003, *NJ*, 2004/117, concl. A.-G. Hartkamp.

231 Cass., 7 mars 1975, *Arr. Cass.*, 1975, p. 764, *Pas.*, 1975, I, p. 692, *R.W.*, 1974-1975, p. 2335.

232 Par exemple : Civ. Bruxelles, 24 novembre 1980, *R.G.A.R.*, 1984, nº 766 ; voy. not. A. Albarian, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel*, Paris, Mare & Martin, 2012.

233 Liège, 27 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 277, cons. 2.a ; voy. ég. J.P. Anvers (VI), 30 mai 2001, *R.W.*, 2004-2005, liv. 37, p. 1473.

234 Voy. la décision du fond Cass., 26 janvier 1976, *Arr. Cass.*, 1976, p. 914, *Pas.*, 1976, I, p. 880, et *R.W.*, 1976-1977, p. 379.

235 À ce sujet, avec réf., voy. not. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 251 et s., nº 301.

toutefois pas le cas lorsqu'un voyageur se trouvant à l'aéroport à 6 heures du matin est confronté au non-départ d'un avion en raison de la faillite de la compagnie aérienne et que le centre d'appel de l'organisateur de voyages n'est joignable qu'à partir de 6h30 du matin[236].

Toutefois, le principe de la primauté de la réparation en nature ne devrait pas nécessairement être écarté si le créancier ne fait plus confiance au débiteur. En effet, par voie de remplacement (extrajudiciaire), le créancier peut procéder lui-même (ou faire procéder par un tiers) à la réparation en nature et récupérer les frais auprès du débiteur. Il s'agit de la réparation en nature par le créancier ou un tiers, c'est-à-dire le remplacement du débiteur à titre de réparation (voy. *infra*, n°s 55 et s.).

5. *L'aménagement conventionnel*. En vertu du droit commun, le principe de la primauté de la réparation en nature est supplétif. Les parties peuvent donc parfaitement stipuler que les dommages et intérêts priment la réparation en nature ou que les dommages et intérêts constituent l'unique forme d'indemnisation[237].

Par contre, dans les contrats de consommation, le droit à une réparation en nature découle parfois d'une règle impérative, de sorte qu'une exclusion contractuelle de la réparation en nature est interdite (par exemple, en vertu de l'article 1649*quinquies*, § 2, *jo.* 1649*octies* du Code civil et de l'article 75 de la loi sur les voyages à forfait) et/ou peut être considérée comme une clause abusive (voy. par exemple art. VI.83, 14° et 30°, du Code de droit économique). Il en va de même pour la réglementation des clauses abusives entre entreprises (voy., par exemple, art. VI.91/5, 4°, du Code de droit économique).

33. L'opinion traditionnelle proclamant la réparation en nature : fondée sur une confusion ! Le principe de la primauté de la réparation en nature, désormais considéré comme acquis tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle (voy. *supra*, n° 30), repose sur une confusion entre la réparation en nature et la cessation de l'illicite.

En effet, contrairement à la réparation en nature, la cessation de l'illicite – en tant que mesure de rétablissement et non pas de réparation (voy. *supra*, n° 5) – revêt un caractère obligatoire. Effectivement, chaque système juridique s'appuie sur le principe selon lequel les règles de droit doivent être respectées. Ainsi, tout système juridique tente en premier lieu de mettre un terme à la violation d'une règle de droit. C'est pourquoi les mesures de rétablissement revêtent un caractère obligatoire. Néanmoins, à l'heure actuelle, en l'absence d'une démarcation claire, la cessation de l'illicite en tant que mesure de rétablissement est trop

236 Com. A.G. Neuwied, 11 août 2004, *Rra*, 2004, p. 215.

237 Voy., par exemple, Br. Barry, *La réparation en nature*, *op. cit.*, p. 486, n°s 460 et s. ; A. El-Kholy, *La réparation en nature en droit français et en droit égyptien*, *op. cit.*, p. 106, n° 123 ; J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, n° 47 ; voy. ég. J.-S. Borghetti, « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », *in Liber amicorum : mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Paris, Dalloz, 2017, p. 143, n° 25 ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 215, n° 265.

souvent qualifiée de mesure de réparation en nature (voy. *supra*, nº 4). Ainsi, le caractère obligatoire de la cessation de l'illicite a été, à tort, transposé à la réparation en nature[238]. En effet, les arrêts de la Cour de cassation qui proclament la prétendue primauté de la réparation en nature ont en réalité trait à une cessation de l'illicite plutôt qu'à une réparation en nature. L'arrêt du 26 juin 1980 peut être avancé à titre d'exemple (voy. *supra*, nº 5). Ce principe a ensuite été appliqué dans d'autres arrêts concernant la réparation en nature au sens strict (voy. *supra*, nº 30). Toutefois, il n'existe aucun fondement légal à la primauté de la réparation en nature. Il s'agit d'une création purement prétorienne.

34. Vers un droit d'option entre la réparation en nature et les dommages et intérêts pour le créancier ? Dans une perspective comparative, la relation hiérarchique entre la réparation en nature et les dommages et intérêts peut s'intégrer dans un droit des obligations de trois manières.

Dans un premier système, la réparation en nature prime les dommages et intérêts (par exemple, en Allemagne : § 249, al. 1er, B.G.B.). Dans un deuxième système, les dommages et intérêts constituent la forme d'indemnisation normale, mais le juge peut accorder une réparation en nature à la demande du créancier (par exemple, aux Pays-Bas : art. 6:103 N.B.W.). Dans un troisième système, la réparation en nature et les dommages et intérêts sont hiérarchisés au même niveau. Dans un tel système, le juge dispose d'un pouvoir souverain, dans les limites fixées par les parties dans leurs conclusions, pour apprécier la forme de réparation la plus appropriée (par exemple, en Suisse : art. 43, al. 1er, C.O. et en France[239]).

Bien que le législateur s'appuie, dans ces systèmes juridiques, sur trois points de départ totalement différents, l'application de ces dispositions conduit à un principe commun, dépassant la spécificité de chacun de ces systèmes. Qu'il s'agisse d'une disposition légale explicite (par exemple, § 249, al. 2, B.G.B.) ou non (par exemple, art. 43, al. 1er, C.O.), le juge semble, lors de la détermination de la forme de réparation, toujours se laisser guider par l'intérêt ou la préférence du créancier[240]. Ainsi, le créancier a très souvent le choix entre la réparation en nature et les dommages et intérêts, tantôt parce que la loi le prescrit en tant que droit commun (par exemple, art. 6:103 N.B.W.) ou seulement pour les dommages les plus importants (§ 249, al. 2, B.G.B.), tantôt parce que le juge en fait un critère important dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation souverain (par exemple, en vertu de l'article 43, alinéa 1er, C.O.[241]). L'avant-projet français

238 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 231 à 233, nos 283 à 284.

239 Par exemple : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 122, nº 91.

240 Voy. not. notre analyse : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 185 à 205, nos 223 à 245, et les réf.

241 Par exemple A.T.F., 25 mars 2003, 129 III 331, cons. 2.2. À ce sujet : B. Chappuis, *Le moment du dommage*, Zurich, Schulthess, 2007, p. 113, nos 241 et s. ; A. Von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, t. I, Lausanne, Imprimerie V. Vaney-Burnier, 1929, p. 95.

du 13 mars 2017 est très clair à cet égard : « La réparation en nature ne peut être imposée à la victime » (art. 1261, al. 1er)[242].

Ainsi, sur la base de cette étude du droit comparé, j'ai défendu pour le droit belge qu'il n'existe aucune raison de favoriser telle forme d'indemnisation plutôt que l'autre. Hiérarchiquement, la réparation en nature et les dommages et intérêts se situent au même niveau. En conséquence, le créancier a le choix entre une réparation en nature et des dommages et intérêts, sous réserve – évidemment – d'une décision abusive. En effet, l'interdiction de l'abus de droit protège le débiteur contre l'exercice manifestement déraisonnable de ce droit d'option du créancier[243]. Cette réserve, qui permet sans aucun doute une mise en balance des intérêts, offre au débiteur une protection suffisante. La reconnaissance d'un droit d'option pour le créancier entre la réparation en nature et les dommages et intérêts ne nécessiterait aucune intervention législative. Une telle réorientation pourrait se fonder sur les dispositions existantes de notre droit commun de la responsabilité civile.

Ce point de vue n'est pas uniquement suivi en doctrine[244], la réforme envisagée du droit de la responsabilité extracontractuelle suit la même voie. Elle ne va pas jusqu'à donner au créancier un droit d'option entre les dommages et intérêts et la réparation en nature, mais elle assouplit les circonstances dans lesquelles le créancier peut refuser l'offre d'une réparation en nature du débiteur. Contrairement au droit positif, qui impose au créancier d'apporter la preuve du caractère abusif de l'offre formulée par le débiteur, l'article 5.182, § 2, de l'avant-projet de loi prévoit :

« Le responsable peut proposer de réparer le dommage en nature. La personne lésée peut néanmoins refuser cette offre si elle peut se prévaloir de justes motifs ».

L'exposé des motifs précise que ce critère est beaucoup plus large que l'abus de droit et déroge donc à la jurisprudence de la Cour de cassation[245]. Initialement, il n'a pas été précisé quelles raisons étaient suffisamment « justes » pour refuser l'offre du débiteur. Ainsi, l'une des plus importantes de ces raisons est peut-être la perte de confiance vis-à-vis du débiteur[246]. La version de l'exposé des motifs qui suit la consultation publique confirme cette interpré-

242 Disponible sur www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

243 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 233 à 236, nos 285 à 287. À l'heure actuelle, l'intérêt du créancier est également un critère important pour le juge dans l'exercice de son pouvoir souverain lorsqu'il impose des dommages et intérêts en tant que capital ou rente (voy. not. J. Ronse, éd. par L. De Wilde, A. Claeys et I. Mallems, *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, p. 225, no 313 ; R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 752 à 753, no 4180).

244 Voy., affirmatif, dans le même sens : P. Colson, « Réparation en nature et préjudice corporel : faux ennemis ? », *op. cit.*, pp. 125 à 126, no 60 (pour le préjudice corporel).

245 Exposé des motifs, pp. 178 à 179 (version du 26 août 2018).

246 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 246, nos 304 et s.

tation[247]. Toutefois, il s'agit d'un nouveau concept dont le contenu n'est pas (encore) connu, et la jurisprudence devra l'interpréter et indiquer quelles raisons sont suffisamment « justes » pour refuser l'offre du débiteur. En ce sens, il est regrettable que l'avant-projet ne retienne pas une notion bien connue, à savoir l'abus de droit, qui dans ce contexte offre une protection suffisante au débiteur.

Contrairement à la responsabilité contractuelle (art. 5.89), pour laquelle l'exposé des motifs prescrit une primauté de la réparation en nature, il n'existerait donc point de primauté pour la réparation en nature en matière extracontractuelle (art. 5.182, § 2). Ainsi, dans la version actuelle des textes, cela crée une contradiction. Alors qu'en matière contractuelle, l'exposé des motifs proclame la primauté de la réparation en nature, les articles 5.89 et 5.311, portant sur la réparation du dommage contractuel, se réfèrent aux règles relatives à la responsabilité extracontractuelle (art. 5.141 et s.), dans laquelle une telle primauté est écartée. Il est toutefois souhaitable qu'il existe un régime uniforme à cet égard (voy. *supra*, nº 22).

C. L'exigence d'une équivalence quantitative et qualitative

35. Introduction : double restriction à la réparation en nature. L'objet concret de la réparation en nature est impossible à définir. Il peut s'agir de toute prestation envisageable en tant qu'objet d'une obligation légale ou contractuelle (voy. *infra*, nº 54). Toutefois, il ne s'ensuit pas que le juge puisse, dans les limites fixées par les parties dans leurs conclusions, imposer n'importe quelle mesure à titre de réparation en nature. En effet, pour reprendre les adjectives introduits par Marie-Ève Roujou de Boubée[248], la réparation en nature exige une certaine équivalence entre la mesure imposée à titre de réparation en nature et le dommage subi, tant sur le plan quantitatif (*étendue*, voy. *infra*, nº 36) que sur le plan qualitatif (*contenu*, voy., *infra*, nº 37).

36. L'équivalence *quantitative* : tout le dommage, mais rien que le dommage. Le dommage est non seulement une condition de la responsabilité civile (voy. *supra*, nº 26), mais ce doit également être la mesure de l'obligation de réparer qui en découle[249]. Réparer, c'est rétablir un équilibre rompu par la survenance d'un dommage, ou, autrement dit, c'est contrebalancer, tant que possible, les effets négatifs causés par le fait générateur de responsabilité[250]. L'obligation de réparer en vertu de la responsabilité civile vise, en effet, à offrir au créancier une compensation pour le dommage subi, mais rien que le dommage. Ainsi, on peut identifier une exigence d'équivalence quantitative entre

247 Exposé des motifs, p. 179 (version du 26 août 2018).

248 *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, pp. 269 et s. Repris par P. Wéry, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 568, nº 596 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, nº 545, 8° ; S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 331, nºs 420 et s.

249 R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 741, nº 4139.

250 I. Durant, « La réparation intégrale du dommage. Rapport belge », *in* B. Dubuisson et P. Jourdain (éd.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2015, p. 446, nº 4.

le dommage et sa réparation[251]. Bien évidemment, cette exigence s'applique non seulement aux dommages et intérêts, mais également à la réparation en nature[252]. En conséquence, la mesure accordée à titre de réparation en nature doit répondre quantitativement au dommage subi. Cette exigence se traduit par le principe de la réparation intégrale du dommage. En effet, le principe de la réparation intégrale vise à ce que l'entièreté du dommage soit réparée, ni plus ni moins.

Il est classique d'enseigner que la réparation intégrale constitue un principe essentiel de la responsabilité civile. L'application du principe est bien connue en matière extracontractuelle[253]. Ainsi, lorsque la responsabilité est fondée sur l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation énonce-t-elle depuis longtemps que « celui qui, par sa faute, a causé un dommage à autrui est tenu de le réparer et la victime a droit, en règle, à la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi »[254]. Par contre, en matière contractuelle, l'application du principe se heurte, à première vue, au texte du Code civil. En effet, en ce qui concerne le droit commun, les dispositions de notre Code civil ne permettent la réparation du dommage contractuel que si (i) le dommage était ou aurait pu être prévu au moment de la conclusion du contrat (art. 1150 C. civ.) et (ii) le dommage « est une suite immédiate et directe de l'inexécution du contrat » (art. 1151 C. civ.). Toutefois, la portée de ces dispositions ne correspond, à l'heure actuelle, plus au libellé des textes. En effet, dans sa thèse de doctorat, Brecht Verkempinck a démontré de manière convaincante que le principe de l'intégralité s'applique également en matière contractuelle en dépit des articles 1150 à 1151 du Code civil[255].

Tout d'abord, la limite de prévisibilité prévue à l'article 1150 du Code civil a été érodée. En effet, la Cour de cassation considère depuis longtemps que cette

251 *Ibid.*, p. 447, nº 5.

252 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 362, nºs 452 et s.

253 Voy., par exemple, R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 741, nº 4140 ; D. Simoens, *Schade en schadeloosstelling*, p. 21, nºs 10 et s. ; Th. Vansweevelt et Br. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 665, nº 1054 ; H. Bocken, I. Boone et M. Kruithof, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, *op. cit.*, p. 204, nº 333 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 462 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 79, nº 71.

254 Par exemple : Cass., 23 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1406, *R.W.*, 1993-1994, p. 1455 ; Cass., 13 avril 1995, *Arr. Cass.*, 1995, p. 409, *Pas.*, 1995, I, p. 423, *J.T.*, 1995, p. 649, *R.W.*, 1997-1998, p. 25, *Verkeersr.*, 1995, p. 308 ; Cass., 23 septembre 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 847, *Pas.*, 1997, I, p. 890, *Verkeersr.*, 1998, p. 48 ; Cass., 19 novembre 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 2145, *Pas.*, 2003, p. 1846 ; Cass., 16 novembre 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 2325, *J.T.*, 2007, p. 14, obs. B. De Coninck, *N.j.W.*, 2007, p. 896, obs. G. Jocqué, *Pas.*, 2006, p. 2327, *R.G.A.R.*, 2007, nº 14.205, obs. N. Estienne, *R.W.*, 2006-2007, p. 1128, obs. ; Cass., 23 avril 2009, R.G. nº C.07.0568.F, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1083, *N.j.W.*, 2009, p. 698, obs. S. Guiliams, *Pas.*, 2009, p. 996, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1201, *R.A.B.G.*, 2010, p. 1359, obs. E. De Kezel ; Cass., 11 février 2016, R.G. nº C.15.0031.N, *N.j.W.*, 2016, p. 545, obs. S. Guiliams, *R.W.*, 2016-2017, p. 896, obs. D. Gruyaert, *R.G.D.C.*, 2017, p. 183, obs. S. De Rey, *T.B.O.*, 2016, p. 437, *T. Verz.*, 2017, p. 190, *V.A.V.*, 2016, p. 29.

255 Br. Verkempinck, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, *op. cit.*, pp. 43 et s.

limite ne concerne que l'existence du dommage et pas son étendue[256]. Ceci constitue une restriction considérable par rapport au texte de l'article 1150 du Code civil. Par ailleurs, les juges du fond semblent rarement, voire jamais, appliquer la limite de la prévisibilité prévue par l'article 1150 du Code civil afin de rejeter ou limiter une demande de dommages et intérêts[257].

Deuxièmement, la limite de l'article 1151 du Code civil a été neutralisée. En effet, selon la Cour de cassation, il suffit pour que le dommage soit réparable selon l'article 1151 du Code civil qu'il soit la conséquence nécessaire de l'inexécution du contrat[258]. Dès lors, la Cour de cassation a confirmé qu'une réparation du dommage contractuel est également due pour le « dommage indirect » causé par l'inexécution du contrat[259]. Il en résulte que l'article 1151 du Code civil n'exige, à l'heure actuelle, rien d'autre que l'application contractuelle du principe *conditio sine qua non*[260].

La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, précisé la portée qu'elle donne au principe de la réparation intégrale du dommage, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle[261]. Selon la Cour de cassation, le principe de la réparation intégrale du dommage implique, ou a pour but, de placer, de « replacer »[262] ou de « rétablir »[263] le « préjudicié dans l'état où il serait demeuré si l'acte dont il se plaint n'avait pas été commis »[264], ou encore, de placer le « créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le débiteur avait exécuté

---

256 Cass., 23 février 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 85. Affirmatif, par exemple : Cass., 11 avril 1986, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 1091, *J.T.*, 1987, p. 163, *Pas.*, 1986, I, p. 986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79, obs. L. Cornelis, *R.W.*, 1986-1987, p. 1963 ; Cass., 23 octobre 1987, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 228, *R.W.*, 1987-1988, p. 949, *Res jur. imm.*, 1989, p. 261, *Pas.*, 1988, I, p. 212 ; Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 376, *T.B.O.*, 2011, p. 25, *Arr. Cass.*, 2010, p. 363, *R.W.*, 2010-2011, p. 1474 et 1694, *R.D.C.*, 2010, p. 498.

257 Voy. déjà : H. De Page, *Traité de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, p. 143.

258 Voy. not. Cass., 24 juin 1977, *Arr. Cass.*, 1977, p. 1101, *R.W.*, 1977-1978, p. 775, *Pas.*, 1977, I, p. 1087 ; Cass., 9 mai 1986, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 1223, *Bull.*, 1986, p. 1100, *Pas.*, 1986, I, p. 1100, *J.T.*, 1987, p. 162, *R.W.*, 1986-1987, p. 2699, *R.D.C.*, 1987, p. 413 ; Cass., 2 septembre 2004, R.G. n° C.01.0186.F, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1271, concl. A. Henkes, *Pas.*, 2004, p. 1217, concl., *J.T.*, 2004, p. 684, obs. B. De Coninck, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1320, obs. D. Philippe, *N.j.W.*, 2004, p. 953, obs., *R.G.A.R.*, 2005, n° 13.946, concl., obs. B. De Coninck et V. Callewaert et obs. G. Closset-Marchal et J.-Fr. van Drooghenbroeck, *Rev. not. belge*, 2004, p. 471, obs. D. Sterckx, *R.W.*, 2004-2005, p. 535, obs. K. Christiaens et B. Wilms, *T. Not.*, 2004, p. 711, obs. C. De Busschere, *T. Strafr.*, 2004, p. 461, *T. Verz.*, 2005, p. 356, obs. H. de Rode et J. George.

259 Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 341, obs. M. Van Quickenborne, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 179, *J.T.*, 1986, p. 600, *Pas.*, 1986, I, p. 155, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.217, *Turnh. Rechtsl.*, 1987, p. 150.

260 Voy. par exemple Cass., 19 mars 2015, R.G. n° C.14.0445.F, *Arr. Cass.*, 2015, p. 796, *Pas.*, 2015, p. 784, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.252.

261 I. Durant, « La réparation intégrale du dommage. Rapport belge », *op. cit.*, pp. 443 et s.

262 Cass., 20 février 2009, R.G. n° C.07.0305.N, *Pas.*, 2009, p. 553, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.665.

263 Cass., 25 mai 2012, R.G. n° C.11.0494.F, *Pas.*, 2012, p. 1201.

264 Cass., 18 novembre 2011, R.G. n° C.09.0521.F, *Pas.*, 2011, p. 2539, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.880 ; voy. ég. Cass., 15 mai 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 193 ; Cass., 2 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 906 ; Cass., 21 février 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 716 ; Cass., 13 avril 1995, R.G. n° C.94.0126.F, *Pas.*, 1995, I, p. 423, *J.T.*, 1995, p. 649, *Dr. circ.*, 1995, p. 308 ; Cass., 3 décembre 2003, R.G. n° P.03.0367.F, *Pas.*, 2003, p. 1934 ; Cass., 18 septembre 2007, R.G. n° P.07.0005.N, *Pas.*, 2007, p. 1546, *R.W.*, 2007-2008, p. 987, *N.j.W.*, 2007, p. 748, obs. I. Boone ; Cass., 13 mai 2009, R.G. n° P.09.0121.F, *Pas.*, 2009, p. 1167, *A. & M.*, 2009, p. 384.

son obligation »[265]. En d'autres termes, le but de la réparation dite intégrale du dommage est, dans la mesure du possible, de replacer le créancier dans l'état hypothétique dans lequel il se serait trouvé si le fait générateur de responsabilité civile ne s'était pas produit. Plus précisément, il s'agit, en matière extracontractuelle, de l'état dans lequel il se serait trouvé si l'acte illicite ne s'était pas produit (intérêt négatif) et, en matière contractuelle, de l'état dans lequel il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté correctement (intérêt positif)[266]. Dès lors, la réparation intégrale du dommage ne peut aller au-delà. Bien évidemment, cette règle s'applique non seulement aux dommages et intérêts, mais également à la réparation en nature, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle.

En ce qui concerne la réparation en nature en matière contractuelle, ceci est confirmé par l'arrêt du 3 octobre 2019 de la Cour de cassation[267]. En l'espèce, l'inexécution contractuelle concernait une obligation contractuelle d'information et d'avertissement. La cour d'appel de Bruxelles avait sanctionné cette inexécution par une réparation en nature, notamment par le remboursement des frais d'injection facturés rétroactivement (voy. *supra*, nº 22). Toutefois, même si Electrabel avait informé l'entreprise horticole de la procédure en cours devant la Cour constitutionnelle et avait souligné les conséquences possibles de l'annulation rétroactive de l'exemption des frais d'injection, l'entreprise horticole aurait de toute façon dû les payer. L'exécution en nature par Electrabel de son obligation d'information et d'avertissement aurait uniquement fait prendre conscience à l'entreprise horticole qu'elle ne pourrait potentiellement plus bénéficier de l'exemption avec effet rétroactif, de sorte que les frais d'injection pourraient être facturés rétroactivement. En d'autres termes, l'exécution en nature de l'obligation d'information et d'avertissement n'aurait donné à l'entreprise horticole que la possibilité d'anticiper cette éventuelle facturation, par exemple en réservant une somme. La (prétendue) mesure de réparation en nature accordée par la cour d'appel de Bruxelles, à savoir l'exemption du paiement des frais d'injection, place donc l'entreprise horticole dans une bien meilleure situation que si Electrabel avait respecté ses obligations contractuelles.

---

265 Cass., 28 septembre 1995, R.G. nº C.93.0361.N, *Pas.*, 1995, I, p. 860, *R.W.*, 1995-1996, p. 924, note ; voy. aussi Cass., 26 janvier 2007, R.G. nº C.06.0232.N, *Pas.*, 2007, p. 183, *T.B.O.*, 2008, p. 8, *R.G.D.C.*, 2009, p. 45 ; Cass., 13 octobre 2011, R.G. nº C.10.0642.N, *Pas.*, 2011, p. 2237, *Rev. prat. soc.*, 2011, p. 444, obs. D. Leclercq.

266 Voy. not. Cass., 26 janvier 2007, R.G. nº C.06.0232.N, *Arr. Cass.*, 2007, p. 228, *Pas.*, 2007, p. 193, *R.W.*, 2009-2010, p. 1468, obs.; Cass., 26 janvier 2007, R.G. nº C.05.0374.N, *Arr. Cass.*, 2007, p. 216, *Pas.*, 2007, p. 183, *R.G.D.C.*, 2009, p. 45, *T.B.O.*, 2008, p. 8 ; Cass., 13 octobre 2011, R.G. nº C.10.0642.N, *Arr. Cass.*, 2011, p. 2096, *Pas.*, 2011, p. 2237, *Rev. prat. soc.*, 2011, p. 444, concl. et obs. D. Leclercq ; Cass., 1er mars 2012, R.G. nº C.10.0425.N, *Arr. Cass.*, 2012, p. 489, *Pas.*, 2012, p. 463, *For. ass.*, 2013, p. 14, obs. P. Knaepen, *J.T.*, 2012, p. 462, obs. J.-Fr. van Drooghenbroeck, *R.A.B.G.*, 2012, p. 748, obs. J. Van Doninck, *R.W.*, 2013-2014, p. 19, obs.; Cass., 5 décembre 2014, *R.A.B.G.*, 2015, p. 411, concl.; Cass., 24 avril 2014, R.G. nº C.13.0328.N, *Arr. Cass.*, 2014, p. 1009, *R.G.A.R.*, 2015, nº 15.141, *T.B.O.*, 2014, p. 320 ; voy. not. Br. Verkempinck, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, *op. cit.*, nos 307-313.

267 R.G. nº C.17.0621.N, *R.G.D.C.*, 2020, p. 84, obs. S. De Rey.

Autrement dit, cette réparation en nature va bien au-delà de la réparation de l'intérêt positif. Ceci explique que la Cour de cassation casse l'arrêt attaqué après avoir précisé que la réparation en nature ne peut imposer au débiteur une charge plus lourde que la réparation de l'intérêt positif.

37. L'équivalence *qualitative* : rapport au dommage concret. L'argent est censé pouvoir réparer tout dommage, de sorte que l'octroi de dommages et intérêts ne requiert qu'une équivalence quantitative (*étendue*) mais non qualitative (*contenu*). En revanche, la réparation en nature, doit non seulement correspondre quantitativement au dommage, mais aussi qualitativement, de telle sorte qu'elle compense le dommage non seulement financièrement, mais également de manière concrète[268]. Ainsi, le créancier ne peut utiliser la réparation en nature afin d'obtenir du débiteur un avantage en nature qui n'est pas destiné à réparer le dommage concret.

À titre d'exemple, l'acheteur d'une voiture qui apparaît défectueuse ne peut exiger du vendeur défaillant qu'il vienne tondre la pelouse à titre de réparation en nature. Bien qu'il s'agisse d'une prestation en nature, cette prestation ne remédie pas au dommage concret.

L'alignement de la réparation en nature sur le dommage concret est justifié par le fait que l'obligation de réparation découlant de la responsabilité civile vise à indemniser l'intérêt positif/négatif. Dès lors, la prestation en nature doit, dans la mesure du possible, placer le créancier dans l'état hypothétique dans lequel il se serait trouvé, si le fait générateur de responsabilité civile ne s'était pas produit (voy. *supra*, n° 36).

En matière contractuelle, la jurisprudence appliquant la loi sur les voyages à forfait nous en fournit fréquemment des exemples. Elle considère que si le service de voyage n'est pas conforme, le service de voyage fourni à titre de réparation en nature doit être d'une qualité au moins équivalente ou supérieure au service de voyage promis (voy. *supra*, n° 17). L'appréciation se fait à la lumière de l'objectif de vacances du voyageur ou, lorsque cet objectif ne peut être déterminé, compte tenu de ce qu'un voyageur normal considère équivalent dans les mêmes circonstances. À titre d'exemple, l'appréciation du caractère équivalent du logement se fait à la lumière de différents critères tels que la localisation, le nombre d'étoiles, le confort offert, le restaurant et services offerts, etc.[269].

L'avant-projet de loi portant insertion de dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil énonce l'exigence d'une équivalence qualitative comme suit :

« La réparation en nature tend à supprimer concrètement les conséquences dommageables du fait générateur de responsabilité » (art. 5.182, § 1er, al. 1er).

[268] Par exemple, voy. J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 125 ; voy. ég. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, nos 474 et s.

[269] Avec des exemples, voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 233, nos 45 et s.

Toutefois, il n'est pas fréquent que la réparation permette de supprimer le dommage. Elle sera donc le plus souvent une compensation, c'est-à-dire un « pis-aller »[270], un « à peu près »[271].

Section 4
Acteurs de la réparation en nature

38. Vue d'ensemble. Tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle, le dommage peut être réparé en nature par trois acteurs différents. La réparation en nature peut, en effet, s'effectuer soit par (i) le *débiteur* (A) (voy. n°s 39 et s.), soit par (ii) le *créancier ou un tiers* (B) (voy. n°s 42 et s.), soit par (iii) le *juge* (C) (voy. n°s 52 et s.). Il existe une hiérarchie entre ces divers acteurs (voy. *infra*, n° 48).

A. La réparation en nature par le débiteur

39. Livraison ou prestation de biens ou services alternatifs. Bien qu'il soit responsable, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle, le débiteur est un acteur important de la réparation en nature[272]. Notre législateur applique ce principe dans certaines dispositions particulières (voy., par exemple, *supra*, n° 17). Ces dispositions éparses expriment un principe général selon lequel le débiteur peut réparer le dommage en nature[273]. Pour que le débiteur puisse agir comme acteur de la réparation en nature, il est important de considérer *ratione personae* l'existence d'une relation de confiance entre les parties (voy. *supra*, n° 32).

40. Acte matériel ou juridique. La prestation que le débiteur peut fournir à titre de réparation en nature, est presque impossible à définir. En somme, il peut s'agir de toute prestation envisageable en tant qu'objet d'une obligation légale ou contractuelle[274]. Ainsi, il peut s'agir d'actes matériels (par exemple : la livraison de biens ou de services équivalents) ou juridiques (par exemple : le transfert forcé d'un nom de domaine[275]).

En d'autres termes, l'objet de la réparation en nature peut prendre la forme d'*une obligation de donner* (par exemple : le remplacement par un bien équivalent en cas d'inexécution d'une obligation de livraison ou de restitution[276]), d'*une*

270 P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 96, n° 92.
271 M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 267.
272 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 245 et s., n°s 301 et s.
273 *Ibid.*, pp. 330 à 331, n°s 417 à 419.
274 H. Oetker, « § 249 B.G.B. », *in Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Munich, C.H. Beck, 2016, n° 335.
275 Par exemple, A.T.F., 19 mai 2003, n° 4C.377/2002, *Sic !*, 2003, p. 822 ; *Assistalex* 2003, n° 10151 ; *J.d.T.*, 2004, p. 318.
276 Par exemple, Comm. Mons, 26 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 241. Arrêt de principe, voy. not. : Cass. fr., 1re ch. civ., 20 janvier 1953, *D.*, 1953, p. 222, *J.C.P.*, 1953, II, n° 7677, obs. P. Esmein.

obligation de faire (par exemple : la réparation d'une chose[277], la mise à disposition d'un bien de location équivalent[278], la publication d'une rectification[279], un droit de réponse[280] ou des excuses (forcées)[281]) ou encore d'*une obligation de ne pas faire* (par exemple : la prolongation d'une obligation de non-concurrence pour la durée de la violation[282]). Le droit comparé prouve que le droit belge laisse encore inexploitées de nombreuses possibilités à cet égard. Nous avons mis en évidence ces possibilités pour le droit belge avec de nombreux exemples[283].

41. Sous astreinte, remplacement par un tiers ou dommages et intérêts compensatoires. Pour obtenir l'exécution d'une condamnation du débiteur à réparer le dommage en nature, le juge peut prononcer la mesure de réparation en nature sous astreinte dans les limites du droit commun (art. 1385*bis* et s. C. jud.). Si cela est impossible ou si le débiteur ne se conforme pas à la condamnation, le créancier peut demander des dommages et intérêts compensatoires ou (faire) remplacer le débiteur (par un tiers) aux frais du débiteur afin d'obtenir la mesure de réparation en nature (voy. *infra*, nº 42).

B. La réparation en nature par le créancier ou un tiers

1. Principe : le remplacement du débiteur à titre de réparation

42. La réparation en nature par le débiteur est impossible ou inutile. La réparation en nature par le débiteur est parfois inutile ou impossible. Il en va, par exemple, ainsi lorsque le créancier ne fait plus confiance au débiteur (voy. *supra*, nº 32). Dans ce cas, notre droit s'exprime trop souvent automatiquement en faveur des dommages et intérêts[284]. Cependant, il est toujours possible de réparer le dommage en nature. En effet, le créancier peut remplacer son débiteur et (faire) effectuer la réparation en nature (par un tiers) pour récupérer ensuite les frais de remplacement auprès du débiteur. C'est ce que nous appelons le *remplacement du débiteur à titre de réparation* (*de vervanging van de schuldenaar ten titel van herstel*)[285].

---

277 Voy. l'arrêt *Courage* en tant qu'arrêt de principe : Cass. fr., 3e ch. civ., 28 février 1969, *Bull. civ.*, 1969, III, nº 182.

278 Par exemple : J.P. Jumet, 11 septembre 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 458.

279 Par exemple : Civ. Bruxelles, 29 octobre 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 1467.

280 Par exemple : Bruxelles, 2e ch., 3 avril 2003, *R.G.A.R.*, 2004, nº 13.909 et *A. & M.*, 2003, p. 303, obs. F.J.

281 Voy. not. S. De Rey, « Excuseer ?! Afgedwongen excuses in het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2017, p. 1176, nº 17.

282 Par exemple : Cass. fr., ch. comm., 25 juin 1991, *Bull. civ.*, 1991, IV, nº 236, *R.J.D.A.*, 1991, p. 621, nº 708, *J.C.P.*, éd. E, 1992, II, p. 129, nº 303, obs. G. Virassamy, *D.*, 1992, p. 249, obs. A. Batteur, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 391, obs. J. Mestre.

283 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 395 à 494, nos 484 à 583.

284 Par exemple Civ. Bruxelles, 24 novembre 1980, *R.G.A.R.*, 1984, nº 766.

285 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 497 à 498, nº 592.

43. Remboursement des frais de remplacement : pas de dommages et intérêts. En cas de remplacement à titre de réparation, le débiteur ne rembourse finalement que les frais de remplacement (paiement d'une somme d'argent). Toutefois, ce remboursement ne constitue pas des dommages et intérêts[286]. En effet, le montant du remboursement des frais de remplacement est, contrairement aux dommages et intérêts, calculé en termes concrets plutôt qu'abstraits (en fonction du prix du marché). En outre, à l'opposé des dommages et intérêts, la demande de remboursement des frais nécessite une notification préalable et une constatation contradictoire de l'inexécution contractuelle. Enfin, le remplacement crée pour le débiteur une obligation de « laisser-faire » (*gedoogverbintenis*). Cette obligation impose au débiteur (éventuellement sous peine d'astreinte) de tolérer les conséquences découlant du remplacement. En droit belge, cette obligation est rarement évoquée[287], mais en droits néerlandais[288] et allemand[289], il s'agit d'une jurisprudence constante.

Ainsi, à titre d'exemple, un locataire qui manque à son obligation de réparation doit tolérer qu'un tiers puisse accéder à l'immeuble loué afin d'effectuer les réparations requises[290]. Par contre, cette obligation n'existe pas pour le débiteur condamné à payer des dommages et intérêts.

2. Fondement légal

44. Nouvelle lecture des articles 1143 et 1144 du Code civil. Le remplacement du débiteur à titre de réparation n'est pas prescrit par notre Code civil. Néanmoins, il ne fait pour nous aucun doute que les dispositions en vigueur permettent l'application de cette forme de réparation en nature. Les articles 1143 à 1144 du Code civil en sont le point de départ.

En droit belge, la qualification de ces dispositions, en tant que forme de réparation en nature ou d'exécution en nature, a longtemps fait l'objet d'une controverse[291]. Finalement, elles ont été comprises comme une forme d'exécution en nature[292]. En effet, à moins que l'obligation n'ait été contractée *intuitu*

286 À ce propos, voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 500 à 503, n°s 598 à 602.

287 Voy. déjà : P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, pp. 104 à 105, n° 81.

288 Par exemple : Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 30 août 2016, *N.T.E.*, 2016/56.

289 Par exemple : V.G. Ansbach, 18 août 2014, *BeckRS*, 2014, n° 56987.

290 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 4 novembre 2014, *N.J.F.*, 2014/95.

291 À ce sujet, voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 565 à 571, n°s 691 à 697.

292 Voy. l'arrêt de principe : Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80. Encore toujours l'opinion dominante : par exemple, voy. Liège, 20e ch., 9 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2015, p. 496, *J.T.*, 2014, p. 153, *R.G.D.C.*, 2014, p. 348 ; Gand, 9e ch. b., 31 mai 2013, *R.G.D.C.*, 2016, p. 163 ; Liège, 20e ch., 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 496 ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, pp. 101 à 102 et p. 261, n°s 78 et s. ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 346 à 347, n° 250 ; A. Van Oevelen, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel) », *R.W.*, 1994-1995, p. 798, n° 11 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 722, n° 97 ; E. Swaenepoel, « De eenzijdige vervanging en de eenzi-

personae par le débiteur, la personne du débiteur n'est pas décisive pour l'exécution de l'obligation. Ainsi, le simple fait que l'obligation soit exécutée par un tiers ne signifie pas que le créancier obtient autre chose que l'exécution du contrat.

Cependant, la qualification du remplacement du débiteur comme une forme d'exécution en nature (fonction payante) ou de réparation en nature (fonction indemnitaire) nous paraît trop catégorique[293]. En effet, selon la prestation fournie par le tiers, le remplacement du débiteur peut constituer une forme d'exécution en nature ou une réparation en nature[294]. Si la prestation fournie par le tiers correspond à l'objet de l'obligation primaire, sans que cette obligation primaire soit contractée *intuitu personae* par le débiteur, il s'agit d'un remplacement du débiteur à titre d'exécution en nature. Au contraire, si le tiers fournit une autre prestation que celle faisant l'objet de l'obligation primaire, il s'agit d'un remplacement du débiteur à titre de réparation en nature. Il en va de même lorsque l'obligation contractée *intuitu personae* par le débiteur est sujet d'un remplacement par un tiers.

45. Nouvelle lecture confirmée par le droit comparé et des dispositions spécifiques belges. Contrairement au droit belge, la double fonction (payante ou indemnitaire) du remplacement du débiteur par un tiers est généralement admise en droit allemand (*Selbstvornahme*[295]) et en droit suisse (dans lequel la réparation en nature par le débiteur est connue comme une « réparation en nature directe », tandis que, la réparation en nature par un tiers est connue comme *indirekte Naturalersatz*[296]). En France, le remplacement du débiteur à titre de réparation est confirmé par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 dans l'article 1261, alinéa 3, aux termes duquel :

« […] 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 ».

jdige ontbinding : verwarring troef… » (obs. sous Anvers, 10 février 2004), *R.G.D.C.*, 2007, p. 157, n° 5 ; W. Geldhof et M. Somers, « De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar vanuit rechtsvergelijkend prespectief. Handelskoop en aanneming zetten de toon », *T.P.R.*, 2008, pp. 514 à 515, n° 3 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 495, n° 518 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 854, n° 556 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 183.

293 La doctrine invoque souvent le caractère mixte des articles 1143 à 1144 du Code civil, voy. not. M. Fontaine, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive » (obs. sous Cass., 16 janvier 1986), *R.C.J.B.*, 1991, p. 5 ; D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 278 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 348, n° 251 ; voy. ég. J. Coulet, *L'exécution forcée en nature*, *op. cit.*, p. 505, n° 454 ; P. Derleder, « Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln », *N.j.W.*, 2003, p. 1003 ; C. Signat, « Die Selbstvornahme des Gläubigers und ihre rechtliche Natur – ein deutsch-französischer Vergleich », *ZEuP*, 2009, p. 738.

294 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 586 à 588, n°s 709 à 710.

295 H. Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 317, n° 761 ; M. Beurskens, *Privatrechtliche Selbsthilfe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 82.

296 W. Fellmann et A. Kottmann, *Scheizerisches Haftpflichtrecht*, Bern, Stämpfli, 2012, p. 453, n° 1329 ; W. Fischer, « Art. 43 », *in Füssli OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Zurich, Füssli Verlag, 2016, p. 248, n° 10 ; W. Fischer et A. Böhme, « Art. 43 », *in Haftpflichtkommentar*, Zurich, Dike Verlag, 2016, n° 10.

En droit belge, il reste beaucoup à explorer à cet égard. Toutefois, le remplacement à titre de réparation n'y est pas entièrement inconnu.

A. En effet, en matière *extracontractuelle*, l'application de l'article 1144 du Code civil, c'est-à-dire le remplacement du débiteur, est parfois invoquée pour la mise en œuvre d'une mesure de réparation en nature[297]. De plus, la possibilité d'un remplacement du débiteur à titre de réparation en nature (parfois *sensu lato*) est prescrite par le législateur flamand dans plusieurs dispositions éparses[298].

Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'une habitation ou une autre forme spécifique de logement ne répondant pas aux exigences et normes fixées par le Code flamand du logement, est louée, mise en location ou mise à disposition, en vue de son occupation, le juge peut ordonner que l'inspecteur du logement, le collège des bourgmestre et échevins ou, le cas échéant, la partie civile, peuvent prendre d'office les mesures de réparation qui ne seraient pas exécutées par le contrevenant dans le délai imposé par le juge (voy. art. 20*bis*, § 7, du Code flamand du logement).

Dans le décret contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement, le replacement du contrevenant est organisé de manière extrajudiciaire, sans qu'une autorisation du juge soit nécessaire. Ce décret indique, en effet, que le fonctionnaire peut procéder lui-même, aux frais de la personne ayant été jugée, à l'exécution de la mesure réparatrice, du jugement ou de l'arrêt si cette personne n'a pas respecté la mesure de réparation dans le délai fixé par le juge (art. 16.6.9).

B. En matière *contractuelle*, la possibilité d'un remplacement du débiteur à titre de réparation en nature a récemment été codifiée par la loi relative à la vente de voyages à forfait. L'article 36 de celle-ci indique, en effet, que si l'organisateur de voyages ne remédie pas à la non-conformité dans un délai raisonnable fixé par le voyageur, ce dernier peut y remédier lui-même et réclamer le remboursement de ses dépenses[299].

Plus concrètement, prenons l'exemple du voyageur qui se réserve, aux frais de l'organisateur de voyages, un logement alternatif en raison de la surréservation de l'hôtel initialement réservé[300]. Il s'agit alors clairement d'une mesure de réparation en nature effectuée par un tiers, c'est-à-dire un remplacement du débiteur à titre de réparation.

---

297 Voy. not. R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 4154 ; S. Stijns et H. Vuye, « La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public », *R.G.D.C.*, 1999, p. 629, n° 13 ; P. Wéry, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle » (obs. sous Liège, 8 juin 1993), *J.T.*, 1995, p. 433, n°s 8 à 9.

298 Voy. ég. M. Nihoul, « L'exécution des mesures de police à l'égard des immeubles », *Rev. dr. commun.*, 2013, p. 59 et s.

299 À ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 504 et s., n°s 604 et s.

300 Par exemple : A.G. Cologne, 2 décembre 2013, *BeckRS*, 2013, n° 22556.

Au-delà de ces dispositions spécifiques, notre jurisprudence l'accepte dans la vente de consommation.

Ainsi, lorsqu'un vendeur professionnel (en l'espèce : souvent le vendeur d'animaux domestiques) refuse manifestement et sans justification d'effectuer la réparation (en l'espèce : l'opération de l'animal malade), il est admis en jurisprudence que l'acheteur fasse effectuer la réparation par un tiers (en l'espèce : un vétérinaire) aux frais du vendeur[301]. Cette jurisprudence est claire : cette demande de remboursement ne doit pas être qualifiée de dommages et intérêts, mais de réparation sans frais au sens de l'article 1649*quinquies*, § 2, du Code civil[302]. Par conséquent, cette forme de réparation prime la résolution et la réduction du prix, qui sont, en cas de vente de biens de consommation, considérées comme des remèdes secondaires, c'est-à-dire subsidiaires.

46. Codification dans le nouveau Code civil. Dans le cadre de la réforme du droit des obligations, il est proposé de codifier, en tant que principe général, le remplacement du débiteur à titre de réparation. L'article 5.182, § 1er, alinéa 2, de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle prescrit, en effet, qu'à titre de réparation en nature :

« […] le juge peut modifier la situation juridique des parties ou ordonner que des mesures soient prises par le responsable lui-même ou à ses propres frais. La personne lésée peut aussi se faire autoriser à prendre ces mesures en lieu et place du responsable ».

La possibilité de remplacer le débiteur à titre de réparation en nature est confirmée en matière contractuelle dans l'exposé des motifs de la proposition de loi portant insertion du livre 5 dans le nouveau Code civil, aux termes duquel :

« Si le débiteur condamné à la réparation en nature ne s'exécute pas, le créancier pourra, le cas échéant, recourir au remplacement tel que prévu à l'article 5.309 »[303].

3. Régime juridique

47. Une sanction judiciaire par principe. Il résulte du texte des articles 1143 et 1144 du Code civil que le remplacement du débiteur a lieu après autorisation judiciaire. L'explication réside dans la protection du débiteur : celui-ci ne peut être privé trop rapidement d'une seconde chance d'effectuer la

301 Voy. not. Anvers, 21 mai 2012, *N.j.W.*, 2013, p. 122, obs. R. Steennot ; J.P. Anvers, 2e ch., 11 décembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 1429, *N.j.W.*, 2015, p. 649, obs. J. Willems, *D.C.C.R.*, 2015, p. 195, obs. N. Droesbeke. Toutefois, dans la nouvelle directive les États membres peuvent exclure du champ d'application de la directive les contrats relatifs à la vente d'animaux vivants (voy. art. 3, al. 5, de la directive (UE) 2019/771).

302 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 533 à 534, nos 649 à 650.

303 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, no 54-3709/001 et sess. extr. 2019, no 55-0174/001, p. 89.

prestation due[304]. En effet, si la prestation est fournie par le débiteur lui-même (à titre d'exécution ou de réparation en nature), il ne paie que les frais internes (de production). Par contre, après un remplacement par un tiers, il doit rembourser les frais externes (prix du marché) tels que facturés par le tiers.

48. Vers un caractère unilatéral ? Néanmoins, à la longue, le caractère judiciaire du remplacement a été restreint. Cette restriction s'est, tout d'abord, manifestée dans la vente commerciale en vertu de la coutume commerciale[305] (actuellement prescrite par l'article 75 de la Convention sur la vente internationale de marchandises, l'article 7.4.5 U.P.I.C.C. et l'article III.3:706 D.C.F.R.), ensuite, dans les contrats d'entreprise[306] et, enfin, dans la loi relative à la vente de voyages à forfait (art. 36)[307]. À l'instar de cette tendance, un droit au remplacement extrajudiciaire (c'est-à-dire un remplacement unilatéral à l'initiative du créancier) devrait également exister en vertu du droit commun – que ce soit à titre d'exécution en nature ou de réparation en nature. Après tout, une intervention judiciaire préalable n'est généralement pas nécessaire. De plus, une application généralisée du remplacement unilatéral favorise l'efficacité et sert l'intérêt général et le cours de la justice[308].

Ce point de vue est confirmé par les droits néerlandais, allemand et suisse. En effet, dans ces systèmes juridiques, un droit au remplacement unilatéral n'est pas prévu en droit commun, mais son application y est prescrite pour différents contrats spéciaux[309]. Le droit français est encore plus clair. Depuis la réforme de 2016, le remplacement unilatéral y est codifié en tant que principe général de droit commun (art. 1222 nouveau C. civ.).

49. Indifférence de la gravité de l'inexécution contractuelle. Bien que le droit belge n'accorde, à l'heure actuelle, pas (encore) au créancier le droit au remplacement unilatéral, son application est parfois acceptée (il est vrai, seu-

304 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 500 et 555 et s., n°s 597 et 676 et s.

305 Par exemple : Gand, 29 juillet 1881, *Pas.*, 1882, II, p. 87 ; Mons, 4 mars 1975, *R.D.C.*, 1975, p. 243 ; Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1017 ; Liège, 20e ch., 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 496 ; Comm. Liège, 7 novembre 1911, *Jur. Liège*, 1912, p. 37 ; Comm. Gand, 31 mars 1920, *Pas.*, 1921, III, p. 62 ; Comm. Saint-Nicolas, 15 novembre 1955, *R.W.*, 1955-1956, p. 1835.

306 Par exemple : Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 698 ; Mons, 1re ch., 25 janvier 1993, *Dr. entr.*, 1993, p. 371 ; Mons, 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1716 ; Mons, 22 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 38 ; Liège, 20e ch., 9 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2015, p. 496, *J.T.*, 2014, p. 153 et *R.G.D.C.*, 2014, p. 348 ; Gand, 9e ch. b., 31 mai 2013, *R.G.D.C.*, 2016, p. 163 ; Liège, 21 octobre 2015, *Dr. entr.*, 2017, p. 114 ; Civ. Marche-en-Famenne, 23 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 768 ; Comm. Hasselt, 21 mai 1990, *Limb. Rechtsl.*, 1990, p. 159 ; Comm. Charleroi, 15 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 306, obs. B. Louveaux ; Comm. Charleroi, 23 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 501 ; Comm. Mons, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 91 ; J.P. Gand, 29 juin 1992, *J.P.P.*, 1993, p. 119 ; voy. ég. W. Geldhof et M. Somers, « De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar vanuit rechtsvergelijkend prespectief. Handelskoop en aanneming zetten de toon », *op. cit.*, pp. 511 et s.

307 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 504 et s., n°s 604 et s.

308 *Ibid.*, pp. 644 à 645, n° 770.

309 Pour une vue d'ensemble, voy. *ibid.*, pp. 561 à 564, n°s 685 à 687.

lement à titre d'exécution en nature) à la condition qu'il y ait une inexécution contractuelle grave[310].

Cependant, la gravité de l'inexécution contractuelle ne peut être retenue comme condition de fond à cet égard. En effet, la gravité de l'inexécution contractuelle n'est requise ni pour l'exécution en nature, ni pour la réparation en nature. Ainsi, pour le remplacement unilatéral, que ce soit à titre d'exécution en nature ou de réparation en nature, la gravité de l'inexécution contractuelle ne peut être requise. À vrai dire, la gravité de l'inexécution contractuelle n'est qu'un critère d'appréciation du caractère abusif du remplacement, et ne peut être retenue comme une condition de fond. Cette exigence a été, à tort, transposée de la résolution unilatérale au remplacement unilatéral[311].

50. Indifférence de l'urgence. Bien que le droit belge n'accorde, à l'heure actuelle, pas (encore) au créancier le droit au remplacement unilatéral, son application est parfois acceptée (il est vrai, seulement à titre d'exécution en nature), mais à la condition qu'il y ait urgence[312]. Néanmoins, l'exigence d'urgence est aussi une condition de fond qui doit être abandonnée. En effet, l'exigence d'urgence limite indûment la portée du remplacement unilatéral. Ce point de vue est confirmé en droit comparé dans la mesure où cette exigence ne s'y applique pas[313]. Prenons, à titre d'exemple, l'article 1222 du nouveau Code civil français. Le remplacement du débiteur visé à l'article 1144 de l'ancien Code civil y est codifié comme une sanction unilatérale de droit commun, sans que l'urgence soit requise :

«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

[310] Par exemple : Liège, 1er octobre 1991, *Dr. entr.*, 1993, p. 302 ; Gand, 6 mai 2003, *N.j.W.*, 2003, p. 1005, obs. F.B. ; Mons, 16 septembre 2003, *R.G.D.C.*, 2006, p. 174 ; Mons, 1re ch., 22 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 38 ; Comm. Gand, 5e ch., 30 janvier 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 199 ; Comm. Mons, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 91 ; Comm. Gand, section Courtrai, 5 décembre 2017, R.G. nº A/16/03138, cons. 4.2.2, inédit ; W. Geldhof et M. Somers, « De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar vanuit rechtsvergelijkend prespectief. Handelskoop en aanneming zetten de toon », *op. cit.*, p. 518, nº 5 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 184.

[311] Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 596 à 599, nos 721 à 724.

[312] Par exemple : Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 698 ; Mons, 22 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 38 ; Liège, 9 janvier 2012, *R.G.D.C.*, 2014, p. 348 ; Civ. Marche-en-Famenne, 23 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 768 ; Comm. Ypres, 15 janvier 2001, *R.W.*, 2002-2003, pp. 349 à 350 ; Comm. Mons, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 91 ; Comm. Gand, section Courtrai, 5 décembre 2017, R.G. nº A/16/03138, inédit ; J.-Fr. Germain, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pp. 127-128 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 723, nº 100 ; E. Swaenepoel, « De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding : verwarring troef… » (obs. sous Anvers, 10 février 2004), *op. cit.*, p. 157, nº 7 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 184 ; A. Van Oevelen, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel) », *op. cit.*, p. 798, nº 12 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, t. II/1, *op. cit.*, p. 860, nº 559 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 776, nº 802.

[313] En particulier pour l'Allemagne : voy., par exemple, §§ 536a, Abs. 2, 637 et 651k B.G.B. ; pour les Pays-Bas : voy. par exemple art. 7:21, al. 6, et 7:206, al. 3, N.B.W. ; et pour la Suisse : voy. par exemple art. 191, al. 2, 259*b* et 366, al. 2, C.O.

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.

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ».

De même, en ce qui concerne le droit belge, la seule codification existante du remplacement unilatéral en matière contractuelle ne requiert aucune urgence (voy. art. 36 de la loi relative à la vente de voyages à forfait). À proprement parler, l'exigence d'urgence fait allusion à la situation dans laquelle l'exercice du pouvoir préalable du juge au sens de l'article 1144 du Code civil est devenu inutile ou sans objet. En effet, en vertu de son pouvoir préalable au sens de l'article 1144 du Code civil, le juge ne peut accorder au débiteur qu'un délai de grâce (*uitstelbevoegdheid*)[314]. Autrement dit, dans le cadre de l'article 1144 du Code civil, le juge n'est pas habilité à apprécier la gravité de l'inexécution contractuelle (*opportuniteitsbevoegdheid*)[315]. Ainsi, en cas d'urgence, l'exercice de ce pouvoir au sens de l'article 1144 de Code civil serait inutile ou sans objet, de sorte que seuls les cas d'urgence pourraient justifier un remplacement unilatéral.

Toutefois, l'esprit de l'article 1144 du Code civil peut être respecté d'une manière beaucoup plus générale. Puisque le pouvoir préalable du juge se limite à accorder un délai de grâce, cette protection du débiteur peut également s'organiser de manière extrajudiciaire. Ainsi, avant de remplacer le débiteur, le créancier est obligé d'accorder au débiteur un dernier délai de grâce (*genadetermijn*)[316]. De cette façon, l'exercice du pouvoir préalable du juge est rendu inutile et sans objet. En effet, si le débiteur avait droit à un délai de grâce supplémentaire, cela signifierait que, sauf circonstances nouvelles, le délai de grâce accordé par le créancier serait trop court. Ainsi, le remplacement unilatéral ne se limite pas aux cas d'urgence par voie d'exception, mais devient un remède qui peut prouver son utilité et sa pertinence d'une manière beaucoup plus générale[317]. À l'heure actuelle, le droit belge ne va pas encore aussi loin. Pourtant, rien ne s'y oppose.

51. Conditions de fond du remplacement unilatéral. Dans cette nouvelle conception, le remplacement unilatéral serait, à l'instar du droit comparé, soumis à l'exigence (i) d'une inexécution contractuelle, sans qu'elle doive être suffisamment grave, (ii) de l'expiration infructueuse du délai de grâce après une mise en demeure, (iii) de l'avertissement du remplacement potentiel, (iv)

314 A. Van Oevelen, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel) », *op. cit.*, p. 798, n° 11.

315 Voy. not. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 723 ; E. Swaenepoel, « De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding : verwarring troef… » (obs. sous Anvers, 10 février 2004), *op. cit.*, p. 161 ; A. Van Oevelen, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel) », *op. cit.*, p. 798, n° 12 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 776, n° 802.

316 Voy. ég. R. Steennot, « Overzicht van rechtspraak. Consumentenkoop », *T.P.R.*, 2015, p. 1835, n° 546. Comp. W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 184 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 858, n° 558.

317 S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 599 et s., n°s 683 et s.

de l'organisation raisonnable d'une constatation contradictoire de l'inexécution contractuelle (prétendue), (v) du choix d'un tiers raisonnable à (vi) un prix raisonnable (vii) dans un délai raisonnable après l'expiration infructueuse du délai de grâce accordé et (viii), enfin, de la notification au débiteur du remplacement effectué[318]. Le respect de ces conditions de fond vise non seulement à trouver un équilibre entre la protection des intérêts du débiteur et le droit d'action du créancier, mais également à anticiper un éventuel contrôle judiciaire *a posteriori*.

C. La réparation en nature par le juge

1. Le jugement déclaratoire et la publication du jugement

52. Jugement déclaratoire pour réparation d'un préjudice moral. Le juge est, lui aussi, un acteur de la réparation en nature. En effet, son jugement constitue parfois une forme de réparation en nature en soi. Le jugement déclaratoire (*verklaring voor recht*) nous en fournit l'exemple le plus évident. Il s'agit d'une décision par laquelle le juge constate d'une manière irréfragable la relation juridique entre les parties au procès (voy. art. 18, al. 2, C. jud.)[319]. Cela peut également concerner l'existence et/ou l'étendue de la responsabilité (de l'une) des parties. Dans ce cas, il peut s'agir d'une réparation en nature[320]. Les cas d'application se situeraient le plus souvent en matière extracontractuelle, plus précisément pour le préjudice moral, mais rien ne s'oppose à son application en matière contractuelle. Contrairement à ce qu'on peut constater dans certains droits étrangers[321], cette forme de réparation en nature n'est guère appliquée par notre jurisprudence. Cependant, des études empiriques prouvent que la partie lésée en a parfois besoin (voy. *supra*, n° 2).

Une affaire néerlandaise bien connue dans laquelle un jugement déclaratoire a été demandé à titre de réparation en nature concernait la noyade de Jeffrey, un enfant de trois ans, au cours d'une thérapie de natation dans un hôpital. Ses parents ont demandé un jugement déclarant que l'hôpital était (en tant qu'employeur du thérapeute) responsable du décès, car ce n'est qu'après

318 À ce propos, voy. *ibid.*, pp. 595 et s., n°s 720 et s.

319 Par exemple, voy. A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, pp. 46 à 47 ; D. Mougenot, « Principes de droit judiciaire privé », *in Rép. not.*, t. XIII, *La procédure notariale*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 113, n° 40 ; P. Rouard, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 140, n° 114 et pp. 147 à 148, n° 124.

320 E. De Kezel, « Belangenbescherming in het Belgisch burgerlijk recht », *in* E.M. Brand et I.S.J. Houben (éd.), *Recht(er) en belang*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 68 ; E. De Kezel, « Juridische bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen », *T.P.R.*, 2003, p. 552, n°s 126-127 ; St. Somers, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 487, n°s 627 et s. ; voy. not. à ce sujet S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 674 à 676, n° 804.

321 Par exemple, pour l'Allemagne : B.G.H., 15 octobre 1959, *N.j.W.*, 1957, p. 21 ; H. Lange et G. Schiemann, *Schadensersatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 219-220, n° 2 ; et pour la Suisse : A.T.F., 21 octobre 2003, n° 4C.177/2003, www.swisslex.ch, cons. 4.2.3. Également appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme ; voy. à ce sujet : St. Somers, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, *op. cit.*, p. 487, n°s 627 et s.

un tel jugement qu'ils pourront faire face au deuil d'une manière significative. Compte tenu de la possibilité limitée de réparer le préjudice extrapatrimonial en droit néerlandais, le *Hoge Raad* a rejeté cette demande[322], ce qui a été fort critiqué en doctrine[323]. Par contre, en droit belge, où une telle limite à la réparation du préjudice extrapatrimonial n'existe pas, une telle condamnation est parfaitement envisageable.

Ainsi, dans un arrêt du 3 février 1958 relativement peu connu à cet égard, la Cour de cassation semble confirmer cette possibilité :

«Attendu que le juge du fond a pu légalement considérer, avec le défendeur, que le préjudice causé à celui-ci par l'infraction serait suffisamment réparé par la reconnaissance judiciaire de l'atteinte portée à ses droits […] »[324].

53. Publication du jugement pour atteinte à la réputation. En revanche, en droit belge, la publication du jugement en tant que mesure de réparation en nature est beaucoup plus connue. Des dispositions éparses la prescrivent dans certains cas spécifiques (par exemple, en cas de violation des droits de propriété intellectuelle[325] ou dans la législation anti-discrimination)[326]. Pour tous les autres cas, la publication du jugement est parfaitement concevable en tant que mesure de réparation en nature, basée sur le droit commun[327]. Notre jurisprudence l'admet sans hésitation[328].

Bien que rien ne s'oppose à son application en matière contractuelle, la plupart des applications concernent la responsabilité extracontractuelle, le plus

322 H.R., 9 octobre 1998, *NJ*, 1998/853, concl. A.-G. Langemeijer.

323 Voy. not. A. Akkermans, «Requiem voor het Jeffrey-arrest», *in* T. Hartlief et M.G. Faure (éd.), *De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2016, p. 99 ; J.M. Barendrecht, «Jeffrey», *in* J.B.M. Vranken et I. Giesen (éd.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, La Haye, Boom Juridische Uitgevers (BJU), 2003, p. 101 ; A.R. Bloembergen, obs. sous H.R., 5 novembre 1999, *NJ*, 2000/63 ; C.E. Du Perron, «Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht», *in Het opstandige slachtoffer. Preadvies NJV*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 152 ; Y.P. Kamminga, M. Barendrecht et C. Van Zeeland, «Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan», *in* G. Van Maanen (éd.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij verwerking van persoonlijk leed*, La Haye, BJU, 2003, p. 56 ; G. Van Maanen, «Een arrest dat shokeert», *N.T.B.R.*, 1999/47 ; C. Van Dam, «Emotioneel belang en affectieschade», *VR*, 2003/73 ; C. Van Dam, «*Access to Justice* en immaterieel belang», *in* G. Van Maanen (éd.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, La Haye, BJU, 2003, pp. 27 à 28 ; G. Van Maanen, «De rol van het (aansprakelijkheids)recht bij de verwerking van persoonlijk leed. Enkele gedachten naar aanleiding van het experiment in het Veterans Affairs Medical Centre in Lexington USA», *in* G. Van Maanen (éd.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, La Haye, BJU, 2003, pp. 6 à 7.

324 Cass., 3 février 1958, *Arr. Cass.*, 1958, p. 371 et *Pas.*, 1958, I, p. 598.

325 Voy. not. V. Pede et J. Vanherpe, «*Naming and shaming* bij inbreuken op intellectuele rechten : de openbaarmaking van rechterlijke uitspraken», *in Handhaving van intellectuele rechten in België. 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 241 et s.

326 Pour une vue d'ensemble, voy. not. : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 682, nº 811.

327 *Ibid.*, pp. 682 à 684, nº 812.

328 Par exemple : Bruxelles, 1re ch., 14 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 92 ; Liège, 4 mai 2017, R.G. nº 2015/RG/784, inédit ; Civ. Anvers, 1re ch., 15 mai 1975, *R.W.*, 1975-1976, p. 2018, obs. J. Corbet ; Civ. Gand, 1re ch., 19 novembre 2003, *A. & M.*, 2004, p. 384 ; Civ. Bruxelles, 9e ch., 1er décembre 2017, *A. & M.*, 2017, liv. 4, p. 397.

souvent pour le préjudice moral. En effet, les cas d'application sont très similaires à ceux d'une rectification ou d'un droit de réponse (c'est-à-dire des formes de réparation en nature par le débiteur, voy. *supra*, nº 39). Les atteintes à l'identité, à la réputation (sociale ou commerciale) ou à la dignité d'une personne au sein d'un groupe social, d'une communauté, d'un public ou d'un groupe sont des terrains privilégiés pour la publication de jugements au titre de réparation en nature.

Ainsi, porte gravement et fautivement atteinte à l'honneur et à la réputation de curateurs (art. 22 Const. et art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme), un livre qui les présente notamment comme voraces, cupides, opportunistes et affairistes et les accuse de partialité, de flagrantes erreurs de droit, de fautes graves, d'irrégularités et de convoitise. Selon la cour d'appel de Liège, les libertés d'expression et de presse (art. 19 et 25 Const. et art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) ne sont pas absolues. L'ordre de suspendre provisoirement la distribution d'un livre dénigrant en attendant que le juge statue au fond (art. 19, al. 2, C. jud.) ne peut être assimilé à une mesure de censure dès lors que le livre a effectivement été publié et diffusé. Cette mesure peut être imposée aux auteurs s'ils sont connus ou domiciliés en Belgique (art. 25, al. 2, Const.). La cour considère que la faute des auteurs (au sens de l'article 1382 du Code civil) réside non pas dans l'expression de leurs opinions personnelles mais dans les termes excessifs utilisés. Pour la cour, le dommage sera adéquatement réparé en nature par le maintien de la mesure de suspension de la distribution, par la publication de l'arrêt, et par l'attribution de dommages et intérêts[329].

L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion de dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle le confirme également en ce qui concerne la réparation en nature visée à l'article 5.182 :

«Au cas où des publications calomnieuses ont entamé la réputation de la personne lésée, une publication dans un ou plusieurs journaux peut être le moyen indiqué pour rétablir la situation»[330].

L'exigence selon laquelle la publication du jugement, en tant que mesure de réparation en nature, doit toujours être en relation avec le dommage, est illustrée de manière frappante par la décision dans laquelle le tribunal de Liège se prononce sur la responsabilité extracontractuelle de l'État belge en ce qui concerne la surpopulation pénitentiaire existant au sein de l'établissement pénitentiaire de Lantin et sur les mesures sollicitées par les parties demanderesses tendant à contraindre l'État belge à enrayer cette surpopulation (voy. *supra*, nº 27).

329 Liège, 20e ch., 4 mai 2017, *J.L.M.B.*, 2019, liv. 30, p. 1421.

330 P. 177 : https://justitie.belgium.be/nl/bwcc (version 6 août 2018, après consultation publique) ; voy. ég. H. Bocken, B. Dubuisson *et al.*, «La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle», *in De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Bruges, die Keure, 2019, 151 p.

En l'espèce, les parties demanderesses formulaient une demande de condamnation de l'État belge à publier le jugement à intervenir et à le communiquer, dans les septante-deux heures du prononcé, à l'ensemble des magistrats exerçant la justice pénale en Belgique. Néanmoins, le tribunal indique qu'il « n'aperçoit pas en quoi cette mesure réparerait le dommage que les parties demanderesses subissent en lien causal avec la faute de l'État belge. Il n'apparaît en effet pas que pareille mesure puisse avoir une incidence sur la surpopulation carcérale au sein de l'établissement pénitentiaire de Lantin. L'on ne voit en effet pas en quoi les personnes qui pourraient être amenées à lire le présent jugement pourraient influer sur cette problématique. Quant aux magistrats exerçant la justice pénale en Belgique, le phénomène de la surpopulation carcérale en Belgique ne peut pas leur avoir échappé, compte tenu notamment de l'écho qui en est régulièrement fait dans la presse et qu'ils ont par ailleurs l'occasion de constater par eux-mêmes quotidiennement à l'occasion de l'exercice de leur profession. Il ne sera par conséquent pas fait droit à cette demande »[331].

2. L'inopposabilité et la nullité ?

54. Le cas de la fraude paulienne et de la tierce complicité. Le jugement déclaratoire et la publication du jugement, en tant que mesures de réparation en nature, ne s'appliquent souvent qu'en matière extracontractuelle, plus précisément pour le préjudice moral. Toutefois, la tâche du juge en tant qu'acteur de la réparation en nature ne se limite pas au préjudice moral. En effet, le juge peut également agir comme acteur de la réparation en nature pour un dommage non purement moral. Bien entendu, ceci ne vaut pas pour les dommages matériels. En effet, le juge ne peut effectuer des travaux de réparations matérielles auprès du créancier, comme par exemple, effectuer des travaux de peinture. À proprement parler, la réparation en nature par le juge reste limitée à « un fait abstrait, juridique »[332]. À ce propos, il est souvent fait référence aux actes juridiques. Ainsi, si (la création d')un acte juridique cause un dommage aux parties, le juge pourrait déclarer cet acte juridique inopposable ou nul, tout cela en tant que mesures de réparation en nature.

En ce qui concerne *l'inopposabilité*, ce principe est généralement admis par la Cour de cassation en cas de fraude paulienne (art. 1167 C. civ.)[333]. En effet, à

331 Civ. Liège, section de Namur, 4e ch., 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

332 Comp. à cet égard l'expression de H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, pp. 125 à 126, note 5.

333 Par exemple, voy. Cass., 9 février 2006, R.G. nº C.03.0074.N, *Arr. Cass.*, 2006, p. 338, *Pas.*, 2006, p. 336, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 356, *R.W.*, 2007-2008, p. 1496, obs. critiques M.-E. Storme ; Cass., 29 octobre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 950, *Rev. not. belge*, 2016, p. 316, *R.D.C.*, 2016, p. 220, obs. G. Lindemans, *T.B.O.*, 2016, p. 147, concl. Van Ingelgem ; *P. & B.-R.D.J.P.*, 2016, p. 71 ; Cass., 14 octobre 2016, R.G. nº F.15.0002.N, *Fiscologue*, 2016, nº 1496, p. 14 ; Cass., 13 janvier 2017, R.G. nº C.16.0139.N, *R.A.B.G.*, 2017, p. 486, obs. B. Verlooy, *R.W.*, 2017-2018, p. 1501, *R.D.C.*, 2017, p. 743, obs. G. Lindemans, *T.B.O.*, 2017, p. 489, *T. Not.*, 2017, p. 871.

l'instar de la doctrine traditionnelle[334] – développée notamment par Henri De Page[335], Jan Ronse[336] et Eric Dirix[337] – et de la jurisprudence des juridictions de fond[338], la Cour de cassation qualifie l'inopposabilité prévue à l'article 1167 du Code civil comme une réparation en nature, basée sur l'article 1382 du Code civil.

La nullité, en tant que mesure de réparation en nature, est généralement acceptée et confirmée par la Cour de cassation en cas de responsabilité extracontractuelle pour tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle[339]. En effet, il est classique d'enseigner qu'un tiers commet une faute extracontractuelle lorsqu'il participe à l'inexécution par une partie de ses obligations contractuelles alors qu'il connaissait ou devait connaître l'existence de ces obligations. La nullité du contrat conclu avec le tiers, en tant que réparation

334 Voy. not. I. Banmeyer, « L'action paulienne et la tierce complicité », *in La théorie générale des obligations*, coll. CUP, vol. 27, Liège, 1998, p. 259 ; St. Bar et C. Alter, « Les effets du contrat », *in Pratique du droit*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 152 à 153, nº 280 ; C. Cauffman, « Pauliaanse vordering », *in Comm. Bijz. Ov.*, Malines, Kluwer, 2007, nº 64 ; F. Coryn, « De derde medeplichtigheid van de verkrijger ten bezwarende titel als voorwaarde voor het welslagen van de pauliaanse vordering » (obs. sous Gand, 12 mars 2003), *R.G.D.C.*, 2005, pp. 149 à 150, nº 2 ; R. Dekkers, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 238 ; D. Devos, « La réparation du préjudice du créancier demandeur à l'action paulienne » (obs. sous Cass., 15 mai 1992), *R.C.J.B.*, 1995, p. 326, nº 11 ; A. Lenaerts, « Over de pauliaanse vordering : draagwijdte van de anterioriteitsvoorwaarde en rechtsgevolgen », *R.G.D.C.*, 2009, p. 503, nº 21 ; R. Pirson, obs. sous Gand, 13 juillet 1947, *R.C.J.B.*, 1948, p. 251, nº 8 ; I. Samoy, « Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde » (obs. sous Civ. Liège, 10 septembre 2000), *R.D.C.*, 2000, p. 284, nº 7 ; H. Sinay, « Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 183 ; S. Stijns, « Les contrats et les tiers », *in* P. Wéry (éd.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, die Keure, 2004, p. 223, nº 54 ; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, t. 1, *op. cit.*, p. 233, nº 326 ; S. Stijns, *Contractanten en derden : derde-medeplichtigheid en actio pauliana, sterkmaking en schijnvertegenwoordiging, derdenbegunstiging*, coll. Themis Verbintenissenrecht, nº 41, Bruges, die Keure, 2007, p. 38, nº 24 ; R. Vandeputte, *De overeenkomst : haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, *op. cit.*, p. 365 ; C. Verbruggen, « L'antériorité de la créance du demandeur dans l'action paulienne : du nouveau à l'occasion de l'action intentée contre une caution » (obs. sous Cass., 19 mars 1998), *R.D.C.*, 1998, p. 537, nº 7 ; I. Vervoort, « De pauliana naar Belgisch en Nederlands recht », *in* J. Smits et S. Stijns (éd.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 381-382, nº 33.

335 *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, p. 258, nºs 208, 249 et 252.

336 *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, p. 220, nº 295.

337 « De vergoedende functie van de actio pauliana » (obs. sous Cass., 15 mai 1992), *R.W.*, 1992-1993, p. 331.

338 Voy., par exemple, Bruxelles, 4e ch., 19 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2001, p. 148 ; Gand, 15 septembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 532, cons. 11-12 ; Mons, 18 avril 2012, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 380 ; Anvers, 27 octobre 2014, *N.j.W.*, 2016, p. 80 ; Gand, 11e ch., 22 janvier 2015, *T.E.P.*, 2016, pp. 218-219, *R.W.*, 2016-2017, p. 664, cons. 6, *T. Not.*, 2017, p. 653 ; Comm. Gand, division de Termonde, 2e ch., 28 novembre 2016, *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 363, obs. G. Lindemans.

339 Par exemple : Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538, *R.W.*, 1964-1965, p. 1554, *J.T.*, 1965, p. 32, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, obs. J. Dabin ; Cass., 27 avril 2006, R.G. nº C.04.0591.N, *Arr. Cass.*, 2006, p. 993, *Pas.*, 2006, p. 976, *R.W.*, 2009-2010, p. 236, *R.G.D.C.*, 2008, p. 507, obs. J. Dewez.

en nature basée sur l'article 1382 du Code civil, est également acceptée dans la jurisprudence de fond[340] et la doctrine[341].

55. Pas de mesures de réparation, mais de rétablissement. Toutefois, ces prétendues formes de réparation en nature s'inscrivent dans une interprétation très large, presque élastique, de la réparation en nature. En effet, l'inopposabilité pour fraude paulienne et la nullité pour tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle ne sont pas des mesures qui visent à réparer le dommage, mais à rétablir les droits initiaux du créancier[342]. Ainsi, il ne s'agit, conceptuellement, pas d'une réparation du dommage mais d'une cessation de l'illicite. Cette distinction conceptuelle entraîne des répercussions pratiques importantes (voy. *supra*, nº 25).

Néanmoins, cette réorientation impliquerait une révolution copernicienne où l'action paulienne et l'action pour tierce complicité ne seraient plus consi-

340 Par exemple, voy. Bruxelles, 16 septembre 1999, *J.T.*, 2001, p. 74 ; Gand, 12e ch., 5 juin 2002, *T. Not.*, 2003, p. 213, cons. 7 ; Gand, 1re ch., 12 novembre 2009, *T. Not.*, 2010, p. 262 ; Mons, 16e ch., 12 novembre 2015, *J.T.*, 2016, p. 94 ; Comm. Namur, 22 février 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 240, obs. H. Laga ; Comm. Ypres, 23 juin 2006, *T.R.V.*, 2006, p. 68 ; Civ. Bruxelles, 10 mars 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 62.

341 Voy. not. H. Bocken, I. Boone et M. Kruithof, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, *op. cit.*, p. 203, nº 330 ; C. Cauffman, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk », *in Comm. Bijz. Ov.*, Malines, Kluwer, 2007, p. 20, nº 40 ; M. Coipel, « Les sanctions du non-respect d'une clause statutaire de préemption » (obs. sous Liège, 7 juin 2002), *J.D.S.C.*, 2014, p. 62 ; J. Dabin, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième » (obs. sous Cass., 30 janvier 1965), *R.C.J.B.*, 1966, pp. 88 à 89, nº 4 ; A. De Boeck, « Het contract in wording en de derde.Vragen naar een mogelijke derde-medeplichtigheid bij foutief afgebroken onderhandelingen », *in Positie van de derde in het privaat vermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2012, p. 128 ; A. De Boeck, « Enkele kanttekeningen bij de schade in geval van schending van een voorkeurrecht » (obs. sous Gand, 7 novembre 2012), *R.G.D.C.*, 2014, p. 340 ; J. Dewez, « Le régime du pacte de préférence et les sanctions de sa violation : nouvelles perspectives », *R.G.D.C.*, 2008, p. 435 ; R. Jansen, « Privaatrechtelijke inbedding van voorkeur- en voorkooprechten », *in* R. Palmans et S. Verbist (éd.), *Voorkooprechten*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 110, nº 29 ; H. Laga, « Het leerstuk van derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkooprechtclausules » (obs. sous Comm. Namur, 22 février 1990), *T.R.V.*, 1991, p. 241, nº 2 ; Ph. Harmel, « Théorie générale de la vente », *in Rép. not.*, t. VII, *La vente*, livre I, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 126, nº 78 ; Y. Merchiers, « Contractbreuk en derde-medeplichtigheid », *R.W.*, 1985-1986, col. 2092, nº 13 ; S. Stijns et F. Van Liempt, « Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *in* S. Stijns et P. Wéry (éd.), *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2010, pp. 217 à 218, nº 53 ; B. Tilleman, « Totstandkoming en kwalificatie van de koop », *in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Malines, E. Story-Scientia, 2001, p. 276, nº 716 ; R. Timmermans, « De uitoefening door de handelshuurder van een conventioneel voorkoopprecht op een gedeelte van een appartementsgebouw », *Huur*, 2013, p. 73 ; E. Van den Haute, « Le pacte de préférence conclu sans durée et ses sanctions » (obs. sous Gand, 11 décembre 2013), *R.G.D.C.*, 2015, p. 473, nº 9 ; W. Van Gerven et A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 247 ; M. Vanwijck-Alexandre et St. Bar, « Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité », *in* M. Vanwijck-Alexandre et P. Wéry (éd.), *Le processus de formation du contrat*, coll. CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 171, nº 46 ; E. Verjans, « Enkele vragen naar aanleiding van een casus over derde-medeplichtigheid aan contractbreuk in de kansspelsector » (obs. sous Anvers, 7 décembre 2011), *R.D.C.*, 2014, p. 175.

342 Voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 688 à 695, nos 819 à 826 (l'inopposabilité) et pp. 702 à 705, nos 834 à 836 (la nullité).

dérées comme des demandes d'indemnisation pour responsabilité extracontractuelle. À l'heure actuelle, le droit belge ne semble pas (encore) prêt pour une telle démarche, mais le nombre de voix critiques augmente, à juste titre, peu à peu, tant pour la fraude paulienne[343] que pour la tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle[344].

Toutefois, cette tendance récente n'est pas suivie dans le projet de réforme du droit des obligations, qui maintient la conception traditionnelle.

Ainsi, l'exposé des motifs explique, à propos de l'article 5.317 aux termes duquel l'action paulienne est codifiée, que « l'action paulienne vise la réparation des dommages occasionnés au créancier par l'appauvrissement frauduleux du débiteur […]. En principe, elle consiste en l'inopposabilité de l'acte juridique contesté […]. L'action paulienne ne peut toutefois être source de profit pour le créancier. L'action vise en effet exclusivement la réparation des dommages […] »[345].

En ce qui concerne la tierce complicité, la proposition de loi portant insertion d'un livre 5 dans le nouveau Code civil ne précise pas la sanction applicable. En effet, l'article 5.114 se limite à indiquer qu'« un tiers commet une faute extracontractuelle lorsqu'il participe à l'inexécution par une partie de ses obligations contractuelles alors qu'il connaissait ou devait connaître l'existence de ces obligations ». Néanmoins, pour la tierce complicité résultant d'une méconnaissance d'un pacte de préférence ou d'un contrat d'option, l'article 5.30 dispose que « lorsqu'un contrat avec un tiers viole le pacte de préférence ou le contrat d'option, le bénéficiaire dispose contre le débiteur des sanctions de l'inexécution. À l'encontre du tiers qui est complice de la violation du pacte de préférence ou du contrat d'option, le bénéficiaire peut également demander la réparation du dommage subi, l'inopposabilité du contrat ou sa substitution au tiers dans le contrat conclu ». À juste titre, la proposition de loi ne codifie ainsi

343 Voy. not. L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, pp. 382 à 383 ; G. Lindemans, « De *actio pauliana* : zelfstandige aanspraak, splitsbare rechtszaak » (obs. sous Cass., 29 octobre 2015), *R.D.C.*, 2016, ppp. 223 à 224, nº 4 ; V. Sagaert, « De gevolgen van de *actio pauliana* en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking », *R.G.D.C.*, 2001, pp. 581 à 582, nº 20 ; M.-E. Storme, « Een aanvechtbare constructie. De *pauliana* in het arrest van 9 februari 2006 » (obs. sous Cass., 9 février 2006), *R.W.*, 2007-2008, p. 1497 ; P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, t. II/3, *op. cit.*, p. 2219 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 106, nº 102.

344 Voy. not. A. De Boeck, « Het contract in wording en de derde. Vragen naar een mogelijke derdemedeplichtigheid bij foutief afgebroken onderhandelingen », *op. cit.*, pp. 145 à 146 ; R. Jafferali, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 408, nº 202 ; F. Peeraer, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 314, nº 360 ; Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, p. 445, nºs 265 et s. (voy. ég., nº 278) ; Th. Léonard, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce complicité », *R.G.D.C.*, 2010, p. 17, nºs 20 et s. ; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 108, nº 103 ; voy. ég. pour une application récente : Liège, 3e ch. B, 11 avril 2016, *J.T.*, 2018, p. 566, obs. C. Hélas.

345 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, nº 54-3709/001 et sess. extr. 2019, nº 55-0174/001, pp. 261 à 262.

pas la nullité, mais l'inopposabilité du contrat conclu avec le tiers, ainsi que la possibilité d'une substitution[346].

3. Le jugement valant acte

56. Déclaration de volonté remplacée par le juge. Le jugement valant acte (*plaatsvervangende uitspraak*) est une forme particulière de la réparation en nature que le juge peut effectuer en tant qu'acteur de la réparation. Ainsi, le juge remplace le débiteur qui néglige d'exprimer une déclaration de volonté. Prenons l'exemple de la désignation d'un arbitre ou d'un médiateur, l'approbation d'un acte ou le vote lors d'une assemblée générale. Par rapport au droit comparé (voy., par exemple, art. 3:300 N.B.W. et le § 894 Z.P.O.), cette forme de réparation en nature reçoit peu d'attention en droit belge. Toutefois, elle offre un remède intéressant et efficace parce que le créancier d'une obligation d'exprimer une volonté ne trouve généralement pas son compte dans des dommages et intérêts.

57. La déclaration de volonté est déterminée ou déterminable. Sous peine d'une violation de l'autonomie de la volonté, le juge ne peut remplacer n'importe quelle déclaration de volonté. L'application exige une déclaration de volonté suffisamment déterminée ou déterminable[347].

Tout d'abord, cela peut *découler d'une obligation légale ou contractuelle*, notamment lorsqu'elle ne permet que l'expression d'une seule déclaration d'intention spécifique ou déterminable, comme par exemple : coopérer à la rédaction d'un acte authentique, ou le vote dans un sens ou dans l'autre lors d'une assemblée générale tel que déterminé par un pacte d'actionnaires.

La volonté qui doit être exprimée peut, parfois, prendre plusieurs formes différentes, lesquelles sont chacune légitimes. Il en va, par exemple, ainsi lorsqu'il s'agit de voter pour ou contre une augmentation de capital lors d'une assemblée générale. Néanmoins, les circonstances peuvent faire en sorte que la liberté de choix du débiteur s'évapore à tel point qu'il ne lui reste, en application de la prohibition de *l'abus de droit*, plus qu'une seule manière d'exprimer légitimement sa volonté. C'est, par exemple, le cas lorsque le vote contre une augmentation de capital constitue un abus de droit. Dans ce cas, la seule manière d'exprimer légitimement sa volonté est de voter en faveur de l'augmentation du capital. À défaut, le juge peut remplacer cette déclaration par un jugement valant acte.

À titre d'exemple, on peut citer la codification du jugement valant acte en cas d'abus de minorité à l'assemblée générale à l'article 2:43, alinéa 2, du

346 Voy. à ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, p. 703, n°s 817 et 835 (pour l'inopposabilité) et p. 827, n°s 952 et s., not. n° 959 (pour la substitution).

347 *Ibid.*, pp. 767 à 768, n° 903.

nouveau Code des sociétés et des associations. Cette disposition établit que[348] : « Lorsqu'une minorité des votants abuse de son droit de vote de manière telle qu'une assemblée n'est pas en état de prendre une décision à la majorité requise par la loi ou les statuts, le juge peut, à la requête d'un membre de l'assemblée concernée ou de la personne morale, donner à sa décision la valeur d'un vote émis par cette minorité ».

58. Principe général (de droit) permettant le remplacement de *l'instrumentum* et du *negotium*. Plusieurs autres dispositions prescrivent le jugement valant acte pour des situations spécifiques. Il s'agit, par exemple, de l'article 3, § 1er, du décret relatif au bail d'habitation, de l'article 1er de la loi hypothécaire, de l'article 51 de la loi sur les baux à ferme et de l'article 1685, §§ 3 et 4, du Code judiciaire. En dehors du droit privé, on pense à l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'État[349].

Toutefois, il n'existe pas de disposition générale permettant l'application du jugement valant acte en dehors des dispositions spécifiques. À proprement parler, le jugement valant acte constitue l'équivalent des articles 1143 et 1144 du Code civil (actes matériels) pour les déclarations de volonté (« actes non matériels »). Néanmoins, ces dispositions expriment à travers les différentes branches du droit, un principe général (de droit) qui permet l'application du jugement valant acte en droit commun[350]. La proposition de loi portant insertion d'un livre 5 dans le nouveau Code civil comble la lacune que comporte le Code civil qui, à l'heure actuelle, ne prescrit explicitement le remplacement judiciaire du débiteur que pour des actes matériels (art. 1143 à 1144 C. civ.)[351]. L'article 5.310, applicable tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle, dispose que :

« Lorsque la prestation s'y prête, le juge peut :

1° à défaut pour le débiteur d'avoir pris la décision à laquelle il est tenu et dont le contenu est objectivement déterminable, se substituer à lui dans cette décision ;

2° à défaut pour le débiteur de collaborer à la rédaction d'un acte instrumentaire qu'il est tenu de passer, ordonner que sa décision tiendra lieu de cet acte ».

On peut recourir au jugement valant acte pour remplacer un *negotium* (par exemple : le remplacement de la nomination d'un arbitre ou d'un médiateur

348 Déjà en vertu du droit commun, voy. not. : S. De Rey, « Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering : mogelijkheden en grenzen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, pp. 523 et s.

349 Pour une vue d'ensemble, voy. S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 717 à 754, nos 851 à 886.

350 Pour une application dans deux arrêts relativement peu connus de la Cour de cassation : Cass., 8 juin 1849, *Pas.*, 1850, I, p. 81 ; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567 ; voy. à ce propos S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 754 à 760, nos 887 à 894.

351 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, no 54-3709/001 et sess. extr. 2019, no 55-174/001, pp. 254 à 255.

ainsi que le remplacement d'un vote lors d'une assemblée générale) ou un *instrumentum* (par exemple : pour remplacer un acte authentique ou privé)[352].

Conclusion

59. La réparation en nature du dommage trouve son origine dans la responsabilité extracontractuelle et a, au fil du temps, été transposée en matière contractuelle. En effet, la possibilité d'une réparation en nature, acceptée de longue date en matière extracontractuelle, a nettement inspiré l'acceptation de la réparation en nature pour le dommage résultant de l'inexécution contractuelle. Cette acceptation a, tout récemment, été confirmée par la Cour de cassation, à l'instar d'une doctrine moderne. À vrai dire, le concept et le régime juridique de la réparation en nature en matière contractuelle se sont largement alignés sur l'acquis en matière extracontractuelle. De ce fait, en ce qui concerne le concept et le régime juridique de la réparation en nature, les responsabilités contractuelle et extracontractuelle se rapprochent à un point tel qu'elles ne devraient, à cet égard, plus être distinguées. Ainsi, la réparation en nature peut, à l'instar du droit comparé, s'inscrire dans un régime uniforme de responsabilité civile.

Cependant, la réparation en nature s'avère, en droit belge, relativement peu connue. En effet, elle est, en matière extracontractuelle, synonyme de nombreuses mesures non pécuniaires ne visant pas à réparer le dommage. De ce fait, on a, à l'instar d'une doctrine moderne, insisté sur la nécessité de distinguer les diverses sanctions non pécuniaires pouvant se présenter dans le domaine extracontractuel : les mesures de rétablissement (y compris la cessation de l'illicite) et les mesures de réparation (y compris la réparation en nature). En matière contractuelle, la réparation en nature se heurte même à un désamour. En effet, la réparation en nature y est longtemps restée méconnue, et donc mal aimée. Toutefois, sa reconnaissance récente par la Cour de cassation constitue une base juridique solide pour distinguer l'exécution en nature et la réparation en nature. Cette distinction n'est pas une simple vue de l'esprit. Il existe, en effet, d'importantes répercussions pratiques, tant sur le plan des conditions de fond que sur le plan de la hiérarchie des sanctions.

Contrairement aux dommages et intérêts – qui offrent, certes, un certain nombre d'avantages expliquant qu'ils resteront quantitativement la forme de réparation la plus importante –, la réparation en nature constitue le point de départ pour une forme d'indemnisation moins rigide, plus créative et parfois plus adaptée à la nature du dommage et/ou aux besoins (de l'une) des parties. De plus, d'un point de vue socio-économique, la réparation en nature deviendra plus pertinente en raison de la tendance, toujours croissante, à privilégier

[352] Voy. à ce sujet : S. De Rey, *Herstel in natura…*, *op. cit.*, pp. 709 à 715, n°s 842 à 849.

une consommation durable dans une économie circulaire. Ainsi, le présent rapport présente des cas d'application pour lesquels la réparation en nature est une alternative utile aux dommages et intérêts, tant pour le créancier que pour le débiteur ou même pour les deux parties.