

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et
la réparation en nature du dommage contractuel,
en droit belge**

par

Parick WERY

Doc. 99/23

*Texte provisoire remis aux participants lors de la séance
du 28 mai 1999.
A paraître dans la Bibliothèque de droit privé chez LGDJ.*

L'EXÉCUTION EN NATURE DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE ET LA RÉPARATION EN NATURE DU DOMMAGE CONTRACTUEL, EN DROIT BELGE

1. Introduction. — Même si les recueils de jurisprudence en fournissaient déjà de nombreux exemples au siècle passé¹, on assiste, à l'heure actuelle, à un essor considérable des condamnations non pécuniaires en matière contractuelle. Au rebours des autres sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, qui ont fait l'objet de nombreuses études doctrinales, ces condamnations n'ont toutefois guère retenu l'attention des auteurs belges.

Lorsque l'on entreprend leur examen, l'on se heurte, d'emblée, à deux grands problèmes².

Un problème terminologique, tout d'abord. Pour rendre compte de ce phénomène, les expressions les plus diverses ont cours. On parle ainsi d'exécution en nature, de réparation en nature ou encore d'exécution forcée. Contrairement à ce que l'on lit assez souvent en doctrine, ces expressions sont toutefois loin d'être des synonymes. Nous insisterons plus particulièrement sur le fait que *l'exécution en nature de l'obligation contractuelle* doit être nettement distinguée de la *réparation en nature du dommage contractuel*. Si cette distinction paraît admise par un nombre assez appréciable d'auteurs français, elle n'a encore reçu qu'un écho limité en Belgique.

Un problème d'interprétation du Code civil, ensuite. Les dispositions du Code relatives aux effets des obligations contractuelles ne brillent pas, c'est le moins que l'on puisse dire, par leur clarté. L'article 1142 du Code civil, aux termes duquel « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », est ainsi rédigé de manière fort surprenante. Embarrassés par cette rédaction qu'ils considèrent comme une *inelegantia iuris*, les auteurs, tant en Belgique qu'en France, cherchent à en réduire la portée en en proposant une interprétation restrictive. Critiquable sur le plan méthodologique, cette démarche laisse, à l'analyse, subsister d'importantes zones d'ombre. Nous souhaiterions plaider ici pour une relecture de l'article 1142 qui permet d'accorder les termes de la loi avec le principe de l'exécution en nature. La redécouverte du sens primitif de ce texte présente l'intérêt considérable de mettre en relief la distinction entre deux questions qui sont rarement dissociées : d'une part, la *condamnation du débiteur à s'exécuter en nature* et, d'autre part, les conséquences qui s'attachent à l'inexécution de cette condamnation, au nombre desquelles figure l'*exécution forcée en nature*. Cette relecture offre, de surcroît, l'avantage de réhabiliter les articles 1143 et 1144, dont la doctrine ne semble pas mesurer toute l'importance.

La première section du rapport sera consacrée à l'étude de l'exécution en nature des obligations contractuelles; la deuxième, à celle de la réparation en nature du préjudice en matière contractuelle. Dans une dernière section, nous nous attarderons sur le remplacement judiciaire, à propos duquel on peut observer certaines évolutions récentes qui en modifient la physionomie originelle.

-
1. Voy., à ce propos, les nombreuses références citées dans notre ouvrage *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préface I. MOREAU-MARGRÈVE, Kluwer Éditions juridiques Belgique, 1993, pp. 211 à 218, spéc. les notes 45 à 47.
 2. Dans toute la mesure du possible, nous concentrerons nos investigations sur le droit belge; certaines incursions en doctrine et en jurisprudence françaises ne pourront cependant être évitées, eu égard à l'influence qu'elles ont exercée sur nos questions en Belgique.

SECTION 1

L'EXÉCUTION EN NATURE DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE

2. Trois questions. — Par « exécution en nature » de l'obligation contractuelle (on peut parler aussi d'exécution directe ou d'exécution *ad ipsam rem*), il faut entendre l'exécution de l'obligation telle qu'elle avait vu le jour. Le créancier obtient ainsi une satisfaction pleinement conforme à l'objet de celle-ci : il est payé au sens des articles 1235 et suivants du Code civil. Les marchandises que l'acheteur avait commandées lui ont été livrées; le garagiste a procédé à l'entretien du véhicule de son client; le locataire a payé le montant de son loyer; *etc.* Seule nous intéressera ici l'hypothèse où le débiteur ne s'exécutant pas spontanément, le créancier est amené à l'attraire devant les tribunaux.

Trois questions se posent à ce propos :

- le juge a-t-il le *pouvoir* de condamner le débiteur à s'exécuter en nature (sous-section 1) ?;
- si tel est bien le cas, le créancier est-il en *droit* d'obtenir en justice cette exécution directe de l'obligation en souffrance, ou faut-il, au contraire, réserver au juge le choix de la sanction à appliquer à cette inexécution (sous-section 2) ?;
- enfin, quelles conséquences s'attachent au non-respect par le débiteur de la condamnation *ad ipsam rem* ? A-t-il ainsi le droit de recourir à son exécution forcée en nature (sous-section 3) ?

3. Une distinction cardinale : la condamnation et ses voies d'exécution. — Il importe d'insister, au seuil de cette étude, sur le fait que reconnaître au créancier le droit d'obtenir l'exécution en nature se traduit, sur le plan procédural, à deux niveaux.

Ce principe suppose :

- tout d'abord, que l'on reconnaisse au créancier le droit d'obtenir la *condamnation de son débiteur ad ipsam rem* (le locataire est condamné à déguerpir des lieux à l'échéance; l'acheteur est condamné à payer le prix des marchandises qu'il a commandées; l'entrepreneur est condamné à achever les travaux promis; *etc.*);
- ensuite, que l'on permette au créancier, en cas de désobéissance à l'ordre du juge, de *recourir aux voies d'exécution, à l'exécution forcée en nature proprement dite*³ (c'est le stade de l'exécution forcée de la condamnation : le locataire est expulsé *manu militari* des lieux; le vendeur fait procéder à une saisie-exécution en vue d'obtenir le paiement du prix de vente; le maître de

3. L'expression « exécution forcée » sera entendue ici dans le sens que lui donnent les processualistes. Il s'agit d'« inscrire dans les faits, contre la volonté de la personne condamnée, ce que le juge a décidé » (F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 63, n° 51). D'autres acceptions ont toutefois cours en doctrine, certains auteurs employant parfois l'expression dans deux sens différents (voy. les six sens différents que nous avons relevés dans notre thèse déjà citée pp. 6 et 7). Cette polysémie obscurcit fâcheusement la discussion sur la problématique de l'exécution en nature des obligations contractuelles.

l'ouvrage est autorisé par le juge à faire effectuer les travaux par un autre entrepreneur, aux dépens de son débiteur).

Peut-être certains s'étonneront-ils de nous voir insister sur une distinction qui est si familière aux processualistes. Ce rappel est cependant loin d'être superflu, car l'on perd souvent de vue la nécessité de cette distinction. Pour ne prendre qu'un exemple, ne parle-t-on pas fréquemment, dans la pratique mais aussi en doctrine, de la *condamnation du débiteur à l'exécution forcée*⁴? Cette expression doit, à notre avis, être absolument évitée. Elle repose, tout d'abord, sur le postulat pessimiste, qui est heureusement démenti par la pratique, qu'il n'y aurait d'exécution que forcée; nombreux sont, en effet, les débiteurs qui exécutent volontairement la condamnation à l'exécution en nature. Ensuite, cette expression est source d'une confusion : elle laisse entendre qu'il n'y a place pour une condamnation du débiteur *ad ipsam rem* que dans les cas où l'exécution forcée en nature de cette condamnation est concevable; or, tel n'est pas l'état du droit belge, puisque le débiteur peut y être condamné à l'exécution en nature, bien qu'aucune voie d'exécution ne puisse vaincre son éventuelle résistance à cet ordre (voy. *infra*, n° 6).

Sous-section 1 : Le pouvoir du juge de condamner ad ipsam rem

4. Le cœur de la difficulté : l'article 1142 du Code civil. — Lorsque l'on s'enquiert de l'étendue de l'*imperium* du juge en matière contractuelle, l'on butte d'emblée sur une difficulté de texte : l'article 1142 du Code civil. A première vue, ce texte ne laisse pas de déconcerter, puisqu'il paraît perpétuer le système des condamnations exclusivement pécuniaires, qui régnait sous la procédure formulaire romaine⁵.

Tant en France qu'en Belgique, la doctrine enseigne, depuis plus d'un siècle, que l'article 1142 ne doit pas être pris au pied de la lettre et qu'il doit s'effacer derrière d'autres textes du Code civil, tels que l'article 1184, alinéa 2, ou l'article 1228, qui, eux, investissent, de manière implicite mais certaine, les tribunaux d'un pouvoir généralisé d'injonction à l'exécution en nature. Si C. Demolombe fut un des tout premiers à critiquer la rédaction de l'article 1142⁶, c'est surtout à deux auteurs français de la fin du dix-neuvième siècle que doit être attribuée la paternité de cette opinion doctrinale. En 1884, E. Meynial écrivait, au seuil de son intéressante étude consacrée à la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire : «Il faut (...) essayer non pas d'expliquer les termes mêmes de l'article, mais de trouver, à l'aide des travaux préparatoires, et surtout à l'aide de la tradition, quel en est l'esprit et quelle étendue il convient de lui attribuer»⁷. Quelques années plus tard, E. Massin allait, à son tour, dans sa thèse sur l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire, inviter « l'interprète (à) violenter un

-
4. Comp. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Montchrestien, 1987, p. 141, n° 291 : « ... il y a exécution forcée s'il (le débiteur) est condamné à effectuer lui-même les réparations nécessaires, tandis qu'il y a réparation s'il est condamné à payer le coût des réparations faites par un autre; dans le cas d'un vendeur de marchandises, il y a exécution forcée s'il est condamné à les livrer... »).
 5. Gaius, IV, 48. Pour une étude du système des condamnations en droit romain, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 29 à 44.
 6. C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, t. 12, Bruxelles, pp. 175 et 176.
 7. « De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire », *Rev. Prat. Dr. Fr.*, 1884, p. 399.

peu, s'il le faut, la portée littérale de ses termes, pour lui restituer son vrai sens, (à) ne pas s'attacher servilement à sa lettre »⁸.

Dans son *traité élémentaire de droit civil belge*, H. De Page résume, avec sa clarté habituelle, l'opinion qui prévaut depuis lors : « Il est certain que le libellé de cet article est malheureux, parce que trop général. Cette disposition ne vise, en effet, qu'un cas particulier, où, exceptionnellement, l'exécution directe n'est pas permise à raison d'un autre principe de droit (règle *nemo potest praecise cogi ad factum*). D'ailleurs, les articles 1143 et 1144, qui suivent immédiatement, nous donnent des illustrations précises et non douteuses d'exécution directe. Mais par suite du libellé erroné de l'article 1142, ils nous les présentent comme des exceptions. En réalité, c'est le principe de l'exécution directe, dont les articles 1143 et 1144 ne sont que des applications particulières, qui constitue la règle, et l'article 1142 l'exception »⁹.

Si un large consensus existe pour faire le procès de l'article 1142, d'importantes incertitudes persistent néanmoins sur les conséquences pratiques qui se dégagent de l'interprétation de ce texte. Sans que les auteurs en soient toujours conscients, pas moins de quatre courants différents peuvent, en effet, être recensés en doctrine !

J. Flour et J.-L. Aubert affirment ainsi, à propos de l'exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire, qu'« un adage traditionnel exprime cette impossibilité « *Nemo praecise...* » (et que) dès lors, le débiteur défaillant sera simplement condamné à une indemnité envers son créancier »¹⁰.

H., L., J. Mazeaud et F. Chabas défendent une thèse moins restrictive puisque les « cas exceptionnels où la condamnation en nature est impossible » se réduisent à l'hypothèse de l'obligation personnelle au débiteur, celle où « la réparation en nature ne peut être fournie que par le débiteur qui la refuse »¹¹. Dans cet ordre d'idées, J. Carbonnier écrit que « les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel sont seules soumises à la règle de l'article 1142 (...). C'est ainsi que l'artiste qui s'est engagé à faire un portrait ne peut être condamné à achever la toile, mais seulement à payer des dommages-intérêts »¹².

D'autres auteurs abordent cette problématique, en distinguant selon que le débiteur de l'obligation de faire ou de ne pas faire tarde à s'exécuter ou qu'il refuse purement et simplement de tenir son engagement : selon eux, la condamnation *ad ipsam rem* peut frapper le débiteur retardataire mais non le récalcitrant¹³.

8. *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, thèse, Paris, 1893, p. 269.

9. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 123. En ce sens aussi, voy. not. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, 1931, p. 141; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, t. 7, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 90; I. MOREAU-MARGRÈVE, « L'astreinte », *Ann. Droit Liège*, 1982, p. 67; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1994, 18^e éd., p. 579 et s.

10. *Droit civil. Les obligations*, vol. 1, Paris, A. Colin, 6^e éd., 1994, p. 28.

11. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, 1^{er} vol., 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1978, p. 626. Ces auteurs n'établissent, soulignons-le, aucune distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature.

12. J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1994, p. 580. Voy. aussi G. CAS, R. BOUT et D. FERRIER, *Concurrence. Distribution. Consommation*, Paris, Lamy commercial, 1987, p. 1714 : « ... on ne peut condamner le débiteur d'une obligation personnelle à s'exécuter en nature... »).

13. Notes 1 et 2 sous Paris, 4 juillet 1865, S., 1865, II, p. 233.

Enfin, une partie de la doctrine reconnaît, en termes généraux et sans aucune distinction fondée sur l'objet de l'obligation, aux juges le pouvoir d'enjoindre au débiteur de s'exécuter en nature¹⁴.

5. Une relecture de l'article 1142. — Dans notre thèse de doctorat, nous avons préconisé de faire sauter le carcan de la glose doctrinale qui enserré l'article 1142, depuis plus d'un siècle, et de redécouvrir ce texte dans ce qui nous paraît être son sens primitif.

L'interprétation traditionnelle prête, en effet, le flanc à la critique sur le plan méthodologique. Contrairement à ce que soutenait E. Meynial, l'interprète ne peut renoncer à expliquer les termes mêmes de l'article : il doit partir du postulat que les rédacteurs du Code civil ont traduit leur pensée en termes idoines. Et ce n'est que si l'esprit de la loi ne peut trouver aucun écho dans les mots employés par le législateur qu'il doit se résoudre à sacrifier la lettre de la loi pour l'accorder à sa *ratio legis*¹⁵.

La clef de l'énigme réside dans le sens à donner à la finale de ce texte : que signifie l'expression « en cas d'inexécution de la part du débiteur » ?

La doctrine dominante donne à ces termes une acception qui l'amène nécessairement à faire entrer l'article 1142 en conflit avec le principe de l'exécution en nature : ils viseraient l'inexécution de l'obligation, qu'il s'agisse du refus d'exécution, de l'exécution tardive ou encore de l'exécution défectueuse de l'engagement contractuel. Cela signifierait, par exemple, qu'un entrepreneur ou un bailleur qui n'exécuterait pas des travaux promis serait seulement astreint en justice au paiement de dommages-intérêts. Pareille conclusion est évidemment indéfendable au regard du principe de la convention-loi. C'est pourquoi, nous l'avons dit, les auteurs s'empressent de récuser cette conclusion et préconisent, dans la foulée, de corriger la rédaction de l'article 1142.

On peut cependant prôner une autre interprétation de l'article, qui permet de donner, à la finale de ce texte, un sens utile et approprié à la matière (comp. art. 1157 et 1158, C. civ.).

Il importe, pour ce faire, de réaliser que le mot « exécution » est amphibologique. On peut ainsi lire, dans le dictionnaire Cornu, que ce terme désigne de manière générale la « réalisation effective des dispositions d'une convention ou d'un jugement »¹⁶. L'expression qui termine l'article 1142 peut, dès lors, s'entendre de l'*inexécution par le débiteur du jugement qui lui prescrit de s'exécuter en nature*. Dans cette perspective, l'article signifie que le juge condamne le débiteur à exécuter en nature son obligation de faire ou de ne pas faire dans un délai qu'il lui assigne, tout en précisant que, passé ce délai, ce débiteur sera tenu, en cas d'inexécution, au paiement de dommages-intérêts¹⁷. Cette interprétation n'a, d'ailleurs, rien de bien révolutionnaire, puisqu'elle peut se recommander de l'autorité de Pothier, qui a inspiré la rédaction des articles du Code consacré aux obligations. Dans son chapitre relatif aux effets des obligations, Pothier enseignait en effet : « Le juge, sur cette demande, prescrit un certain temps dans lequel le

14. Voy. not. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 12, 1868, pp. 176-177; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Paris, t. 16, 4^e éd., 1887, p. 263; E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 3, Paris, 1888, p. 446, note 2; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris, 1894, pp. 192-193.

15. Voy., à ce propos, F. LAURENT, *op. cit.*, t. 1, 1869, pp. 346-347; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit; les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 96.

16. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 3^e éd., 1992, v^o « Exécution ».

17. Pour plus de détails, cons. notre ouvrage déjà cité à la note 1, p. 89 et s.

débiteur sera tenu de faire ce qu'il a promis; et faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamne aux dépens, dommages et intérêts »¹⁸.

C'est donc dans le contexte de l'inexécution de la condamnation ad ipsam rem d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire que s'inscrit, à notre avis, l'article 1142. Il en va, d'ailleurs, logiquement de même des deux dispositions qui lui font suite : comme nous le verrons (voy. infra nos 16 et s.), les articles 1143 et 1144 présentent la deuxième branche de l'alternative qui s'offre au créancier, lorsqu'il se heurte à l'inexécution de la condamnation, à savoir la voie de l'exécution forcée en nature .

6. L'objet de la condamnation. Le sort des obligations personnelles au débiteur. — Que faut-il conclure de cette relecture de la loi, sinon que l'article 1142 n'est pas le fruit d'une étourderie du législateur ? On ne relève, en effet, aucune contradiction entre ce texte et l'article 1184, alinéa 2, et 1228 : pourvu que l'exécution en nature soit encore possible et que le créancier ne commette pas d'abus de droit en la réclamant (voy. infra nos 9 et 10), le juge dispose d'un pouvoir d'injonction généralisé, que ne contrarie pas l'objet de l'obligation en souffrance.

S'il devait subsister un doute sur ce point, il suffit de jeter un coup d'oeil sur la jurisprudence : les exemples de condamnations à l'exécution en nature portant sur des obligations de faire ou sur des abstentions y abondent, depuis le dix-neuvième siècle¹⁹. On admet, au demeurant que le juge des référés puisse, en cas d'urgence, ordonner l'exécution directe d'obligations, même non pécuniaires; l'intervention de la juridiction présidentielle n'est toutefois justifiée que si le droit du créancier est évident ou du moins n'est pas sérieusement contestable²⁰.

Le débiteur d'une *obligation personnelle*, c'est-à-dire d'une obligation qu'il est seul à pouvoir accomplir (voy. infra, n° 20), peut-il également encourir une telle condamnation ? On affirme parfois qu'un tel ordre est impossible à prononcer, car en cas d'inexécution de celui-ci, sa mise en oeuvre nécessiterait l'intervention, par hypothèse interdite, de la force publique. En d'autres termes, l'adage « *Nemo potest praecise cogi ad factum* » répugnerait au prononcé d'une telle injonction.

Cette opinion peut difficilement être suivie.

Elle confond, en effet, dans une même argumentation deux questions qui sont théoriquement très différentes : une chose est de savoir à quoi le débiteur peut être condamné (c'est-à-dire *l'objet de la condamnation*); une autre est de savoir ce qu'il advient en cas d'inexécution de la condamnation et notamment quelles sont *les voies d'exécution de la condamnation*. Sans doute est-il interdit de contraindre *manu militari* un peintre à achever le travail artistique qui lui a été confié. De même n'imagine-t-on pas de forcer physiquement le débiteur d'une promesse d'hypothèque à se présenter chez un

18. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Œuvres de R.-J. POTHIER, contenant les traités du droit français*, édité par Dupin aîné, Bruxelles, Amsterdam, 1830, t. 1, n° 146. Pour d'autres illustrations, voy. aussi son traité du contrat de louage, t. 2, n° 422 et le traité des obligations, t. 1, n° 158.

19. Voy. ainsi les références citées dans notre ouvrage *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, pp. 211-212.

20. Voy. not. G. de LEVAL, « L'examen du fond des affaires par le juge des référés », *J.T.*, 1982, p. 421 et s.; X. DIEUX, « La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés », note sous Civ. Liège (réf.), 2 févr. 1984, *R.C.J.B.*, 1987, p. 250 et s. Voy. aussi les décisions citées par A. VAN OEVELEN, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen », *R.W.*, 1994-1995, pp. 797-798.

notaire en vue de la passation de l'acte constitutif d'hypothèque. On ne conçoit pas davantage de contraindre, par la force, des pouvoirs publics à effectuer certains travaux en faveur d'un particulier. Il ne faut toutefois pas inférer de cette impossibilité d'exécution forcée en nature (ni contrainte physique directe, ni contrainte par substitution: voy. *infra*, nos 13 et s.) que le juge ne peut intimer à ces débiteurs d'obligation personnelle l'ordre de s'exécuter en nature : un tel raisonnement reviendrait à confondre l'effet obligatoire du jugement avec sa force exécutoire ou, si l'on préfère, la question de la condamnation *ad ipsam rem* et celle de son exécution forcée en nature²¹.

L'adage « *Nemo potest praecise cogi ad factum* » n'empêche donc pas le juge d'ordonner au débiteur d'exécuter en nature une obligation qui lui est personnelle : il n'y a, au stade de la condamnation, aucune contrainte physique sur la personne²². La jurisprudence belge est, d'ailleurs, en ce sens. Ainsi le débiteur d'une promesse d'hypothèque peut-il être condamné à comparaître devant notaire, afin de participer à la conclusion de l'acte hypothécaire²³. Et, dans son arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation a admis que les pouvoirs publics puissent, dans le cadre d'une action en responsabilité aquilienne, être condamnés à «réparer en nature» le dommage causé par leur faute, en faisant cesser l'état de choses qui cause ce préjudice, bien qu'en raison de leur immunité d'exécution, aucune mesure forcée ne puisse être envisagée en cas de résistance à cet ordre²⁴.

La mise en évidence de ce pouvoir d'injonction pour les obligations personnelles est loin d'être purement académique²⁵. Bien qu'ils soient insusceptibles d'exécution forcée en nature, de tels ordres ne sont pas, loin s'en faut, voués à demeurer lettre morte! D'autres sanctions existent en effet. Le créancier peut ainsi demander au juge qu'il prononce une condamnation subsidiaire à des dommages-intérêts « en cas d'inexécution de la part du débiteur », sur la base de l'article 1142. Il peut également lui demander de conforter l'autorité de cette condamnation *ad ipsam rem* par le prononcé d'une astreinte. La perspective d'avoir à payer une somme d'argent dont le montant peut être élevé, en cas de désobéissance à l'injonction en nature, peut fonctionner comme un puissant levier qui permet de venir à bout des réticences ou des hésitations du débiteur (voy. *infra*, nos 21 à 23).

Sous-section 2 : Le droit du créancier d'obtenir la condamnation ad ipsam rem

-
21. En ce sens aussi, voy. E. DIRIX et K. BROECKX, *Bestlag*, collection A.P.R., 1992, p. 5.
 22. En ce sens aussi, voy. M. COIPEL, « Théorie générale des contrats », livre 30, vol. 2, du *Guide Juridique de l'Entreprise*, Kluwer Ed. jur., Diegem, 2^e éd., 1996, p. 34, n° 290.
 23. Cass., 21 janv. 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 113; Liège, 14 nov. 1917, *Pas.*, 1918, II, p. 57.
 24. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, précédé des concl. Proc. Gén. VELU, alors av. Gén., *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, note F. DELPÉRÉE (sans doute, cet arrêt concernait-il la réparation en nature en matière aquilienne; mais les raisons de décider de même pour l'exécution en nature des obligations contractuelles existent). Dans ses conclusions, le Ministère public aborde la question en termes excellents : « ce principe (*de la continuité du service public*) fait obstacle à des mesures d'exécution forcée. Mais, logiquement et chronologiquement, l'ordre de rétablir dans ses droits la victime de l'acte illicite de l'administration se distingue de l'exécution de cet ordre, laquelle se situe à un moment différent dans le temps. Il suffit, pour qu'il soit satisfait aux exigences du principe de la continuité du service public, que les mesures d'exécution forcée d'un tel ordre soient prohibées. Ces exigences ne vont pas jusqu'à impliquer la prohibition de l'ordre lui-même ».
 25. A ce propos, voy. P. WÉRY, « L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire », *R.R.D.*, 1996, pp. 219-220.

A. LA PRIMAUTÉ DE L'EXÉCUTION EN NATURE

7. Un droit du créancier. — Le juge est-il tenu d'accorder, au créancier qui la réclame, l'exécution en nature de l'obligation en souffrance ?

La question ne souffre aucun doute en Belgique. Lors des travaux préparatoires relatifs à l'introduction de l'astreinte en droit belge, il a été rappelé que « le droit belge des obligations, issu du Code Napoléon, s'appuie sur le principe fondamental selon lequel les obligations doivent être exécutées en nature par le débiteur »²⁶. Selon une très large jurisprudence, le créancier est en droit d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation²⁷. Il importe peu, à cet égard, que l'obligation ait pour objet une prestation de *dare*, de *facere* ou une abstention. La Cour de cassation a encore eu l'occasion de rappeler récemment : « l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire »²⁸⁻²⁹.

La primauté de l'exécution en nature, qui est conforme à la finalité même de l'obligation civile, consacre de manière éclatante un principe fondamental du droit des contrats : celui de la convention-loi. Divers articles du Code civil reposent, d'ailleurs, sur cette idée essentielle. Il suffit de songer à l'article 1243, aux termes duquel « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande », ou encore à l'article 1184, alinéa 2, qui prévoit que « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». On peut également citer l'article 1228 qui porte que « Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale ».

8. Un droit pour le débiteur. — Le primat de l'exécution en nature joue autant pour le créancier que pour le débiteur. On s'accorde, en effet, à reconnaître à ce dernier le

26. *Doc. parl.*, Sénat, S.E.; 1979, n° 177/2, p. 3.

27. Voy. not. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80; Cass., 17 mars 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 297; Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538; Cass., 5 janv. 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567. Pour d'autres références, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 219 à 223.

28. Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370, *Act. dr.*, 1996, p. 23, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-F. JEUNEHOMME, *R.W.*, 1995-1996, p. 532.

29. La thèse de l'équivalence des remèdes que l'on trouve parfois sous la plume de certains auteurs français n'a donc pas cours en droit belge. Voy. notamment D. TALLON, « Dommages et intérêts et exécution en nature. Quelques observations comparatives entre la common law et le droit français », *J.T.*, 1985, p. 602; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 1^{ère} éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 231, n° 63 (« ... le choix entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent ne dépend ni de la volonté du créancier, ni de celle du débiteur, mais seulement de l'autorité du juge : de sa sagesse. La Cour de cassation décide clairement que les juges du fond « déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage subi » »). Il est permis de se demander si, comme le prouve d'ailleurs la citation qui précède, cette thèse de l'équivalence des remèdes ne procède pas avant tout d'une confusion de l'exécution en nature avec la réparation en nature.

droit de s'exécuter en nature, ce qui, corrélativement, signifie que le créancier a le devoir d'accepter l'exécution qui lui est offerte³⁰.

Certains en tirent comme conséquence que les conclusions par lesquelles le créancier entend se satisfaire de l'exécution par équivalent, alors que l'exécution en nature reste possible³¹, doivent être déclarées irrecevables³² : il est interdit au créancier de conclure directement et exclusivement au paiement des dommages et intérêts. C'est, à notre avis, donner une portée excessive à la primauté de l'exécution en nature. Comme le supposent plusieurs articles du Code civil³³, le créancier jouit d'une option entre les deux modes d'exécution de l'obligation contractuelle.

Cette option est cependant loin d'être absolue. Sans doute, le créancier peut-il réclamer directement et exclusivement l'exécution par équivalent, mais si, d'aventure, le débiteur vient à résipiscence et propose de s'exécuter en nature, le juge devra accéder à cette offre. Encore le tribunal devra-t-il, au préalable, s'assurer que cette dernière est bien satisfaisante pour le créancier³⁴ : pour reprendre cet exemple classique, le fleuriste ne pourrait imposer au client qui lui a passé commande de muguet pour le premier mai, d'en prendre livraison après cette échéance.

B. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE

9. L'impossibilité de l'exécution en nature. — Il est exclu de réclamer du débiteur qu'il exécute en nature son obligation, si celle-ci est devenue impossible à accomplir. C'est l'évidence même. Reste à savoir ce que peut recouvrir cette notion d'impossibilité.

Il ne peut, en tout cas, s'agir de simples difficultés d'exécution, celles-ci fussent-elles grandes. De manière constante, la Cour de cassation belge refuse, en effet, de conférer droit de cité à la théorie de l'imprévision³⁵.

Par ailleurs, l'impossibilité de la condamnation à l'exécution en nature ne peut, nous semble-t-il, en aucune manière, se déduire de l'objet de l'obligation. Même les obligations qui sont personnelles au débiteur, et qui, de ce fait, ne sont pas susceptibles d'exécution forcée en nature, peuvent être sanctionnées par une condamnation *ad ipsam rem* (voy. *supra*, n° 6). Il n'y a donc pas place, au stade de la condamnation à prononcer, pour ce qu'on appelle parfois l'impossibilité *morale*.

30. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 243 et 244 où l'on trouve les références à la doctrine. La sanction prévue par l'article 1640 du Code civil trouve son fondement dans la priorité de l'exécution en nature (H. DE PAGE, *Traité*, t. 4, 1972, p. 182).

31. Si tel n'est pas le cas, le créancier peut évidemment réclamer directement l'exécution par équivalent : Cass., 28 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 255.

32. Voy. not. F. LAURENT, *op. cit.*, t. 16, 1875, p. 262; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, t. 3, livre 3, 3^e édit., Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1905, p. 519, n° 1; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, t. 7, 1954, p. 91.

33. Voy. ainsi les articles 1228, 1585 et 1617 du Code civil.

34. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 180; Cass., 30 sept. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 95; Anvers, 30 juin 1987, *Entr. dr.*, 1988, p. 306; Liège, 15 juin 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 161, note B. WYLLEMAN.

35. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 728 et 729, avec les références aux arrêts de la Cour de cassation du 7 février 1994 et du 14 avril 1994.

En revanche, il y a incontestablement impossibilité, lorsque, par la force des choses, le débiteur ne peut plus s'exécuter en nature. C'est l'exemple classique du débiteur qui n'est plus en mesure de restituer le corps certain qui lui avait été confié, parce qu'il a été volé ou détruit. Il y a alors impossibilité *matérielle* de toute exécution en nature. Selon que cette impossibilité est imputable à une faute du débiteur ou à une cause étrangère libératoire, le débiteur se verra tenu à une exécution par équivalent (sous la forme d'un paiement de dommages-intérêts ou, comme nous le verrons, d'une réparation en nature) ou sera, au contraire, libéré de son obligation.

L'impossibilité peut également être d'ordre *juridique*³⁶. Elle tient au fait que la demande d'exécution en nature vient se heurter aux droits acquis par des tiers de bonne foi qui ont contracté avec le débiteur³⁷. On peut y ajouter les cas où le législateur exclut, de manière certaine, la possibilité pour le créancier d'obtenir l'exécution directe de l'obligation. On en trouve un exemple remarquable dans la réglementation du contrat de travail en droit belge : le licenciement irrégulier d'un travailleur salarié ne peut être sanctionné que par une indemnité compensatoire et non par une condamnation de l'employeur à reprendre ce travailleur à son service³⁸. C'est également le cas, selon la jurisprudence dominante³⁹, de l'article 1644 du Code civil, qui réduit le choix de l'acheteur d'une chose vicieuse à l'action estimatoire ou à l'action rédhibitoire⁴⁰.

10. L'abus de droit. — Plus remarquable est la dérogation au principe de l'exécution en nature que constitue la prohibition de l'abus de droit. Cette exception est assez récente; pendant longtemps, la doctrine voyait, en effet, dans ce principe un droit discrétionnaire : le débiteur devait tenir ses engagements, quoi qu'il lui en coûtât⁴¹.

Dans son célèbre arrêt du 19 septembre 1983, la Cour de cassation analyse l'abus de droit en matière contractuelle comme un manquement à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et au principe de l'exécution de bonne foi des conventions⁴². L'abus de droit contractuel peut se définir à l'aide des critères dégagés par la Cour de cassation en matière aquilienne : il y a abus toutes les fois que le débiteur adopte un comportement manifestement incompatible avec la manière dont aurait agi un bon père de famille normalement diligent et prudent⁴³.

Il ne nous appartient pas de retracer ici l'évolution de la fonction modératrice de bonne foi en droit belge. Bornons-nous à signaler que s'il décèle l'existence d'un abus de droit, le juge substituera à la demande d'exécution en nature une autre sanction qui, eu égard aux circonstances de l'espèce, sera moins préjudiciable pour le débiteur. Ainsi l'exception de l'abus de droit est-elle souvent invoquée par des locataires désireux de

36. A ce sujet, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 234 à 236.

37. Voy. not. Cass., 30 janv. 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, note J. DABIN, *Pas.*, 1965, I, p. 538.

38. Voy. not. Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1261, précédé des conclusions conformes du Procureur général E. LIEKENDAEL, alors av. gén.

39. Voy. not. Cass., 21 nov. 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 322; Mons, 24 nov. 1981, *Rev. not. b.*, 1982, p. 309; Comm. Mons, 9 sept. 1968, *J.C.B.*, 1968, p. 532.

40. Mais ce point de vue est critiquable (pour une discussion de la question, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 209 à 211 avec les réf.).

41. Voy. not. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 12, 1868, p. 183; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.*, t.1, 1897, p. 395.

42. *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.L. FAGNART.

43. Voy. l'étude de S. STIJNS et H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens » in *Eigendom. Propriété*, Die Keure-La Charte, 1996, p. 109 et s.

quitter les lieux loués prématurément et qui souhaitent tenir en échec la demande du bailleur de voir le bail se prolonger jusqu'à son terme normal; si les conditions de l'abus de droit sont bien présentes, le juge prononce alors la résolution du bail, tout en condamnant les locataires à payer un certain nombre de mensualités à titre de dommages-intérêts⁴⁴. Même si, avec cet exemple, nous empiétons sur la jurisprudence française, nous pouvons également citer l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar de 1973⁴⁵. La Cour refuse de faire droit à la demande d'une compagnie pétrolière qui réclamait la restitution des cuves qu'elle avait prêtées au gérant d'une station d'essence, au motif que cette demande d'exécution en nature était entachée d'un abus de droit; elle fait néanmoins droit à l'offre de l'emprunteur qui proposait de fournir en lieu et place de ces cuves, soit une somme d'argent à titre de dommages et intérêts, soit d'autres cuves, neuves, à titre de réparation en nature du dommage éprouvé.

Sous-section 3 : Les conséquences de la désobéissance du débiteur à la condamnation ad ipsam rem

11. Vue d'ensemble. — L'ordre du juge ne peut évidemment être un simple « coup de chapeau »⁴⁶ à la loi contractuelle. En effet, comme l'observe le professeur G. de Leval⁴⁷, « Le crédit de la justice exige que le titre judiciaire ne demeure pas lettre morte ».

Le sujet est très vaste et intéresse tout particulièrement les processualistes. Nous nous limiterons donc à l'inexécution des condamnations relatives à des obligations non pécuniaires, laissant de côté l'étude des saisies-exécutions qui sont d'ailleurs, mieux connues. Trois types de sanction sont à examiner :

- l'exécution forcée en nature (A);
- les condamnations subsidiaires à des dommages et intérêts (B);
- et, dernière sanction en date mais non la moindre en pratique, l'astreinte (C).

44. Sur cette jurisprudence, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, pp. 737-738.

45. Pau, 15 févr. 1973, *J.C.P.*, 1973, II, jur., n° 17584, obs. J.B.

46. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 483.

47. G. de LEVAL., *Traité des saisies. Règles générales*, coll. scient. Fac. de droit de Liège, 1988, p. 7.

A. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DE LA CONDAMNATION

12. Principe. — Si le Code judiciaire contient bien un titre « Des exécutions forcées », la lecture de ses nombreuses dispositions ne laisse toutefois pas de décevoir celui qui s'intéresse aux voies d'exécution des condamnations non pécuniaires : tous ces articles sont exclusivement consacrés aux saisies-exécutions, c'est-à-dire aux voies d'exécution des condamnations pécuniaires. La même carence s'observait, il est vrai, déjà dans le Code de procédure civile de 1806

Nonobstant cette lacune, il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que le bénéficiaire d'un jugement prescrivant une obligation non pécuniaire à autrui peut recourir à l'exécution forcée en nature de cette condamnation⁴⁸.

Fidèles au plan du Code civil, de nombreux auteurs⁴⁹ envisagent la problématique en se fondant sur l'objet de l'obligation à remplir. On affirme ainsi que l'exécution forcée en nature est, en principe, interdite pour les obligations de faire et de ne pas faire, alors qu'elle est normalement autorisée pour les obligations de *dare*.

Le *criterium* de distinction nous paraît résider ailleurs. En effet, si l'on excepte les obligations de *dare* qui, lorsqu'elles portent sur un corps certain, s'exécutent *solo consensu* et donc ne soulèvent aucune difficulté d'exécution (art. 1138, C. civ.), toutes les autres obligations non pécuniaires sont, en cas d'inexécution, soumises aux mêmes questions : la contrainte physique directe sur la personne du débiteur est-elle admise (I) ? ; l'obligation se prête-t-elle à une mesure de contrainte par substitution (II) ?

I. La contrainte physique directe sur la personne du débiteur

13. Un principe fondamental : l'interdiction de la contrainte physique directe sur la personne du débiteur. — Parmi les voies d'exécution qui sont concevables *in abstracto*, il en est une à laquelle répugne le droit positif belge, à l'image, au demeurant, de tout Etat civilisé : l'emploi de la contrainte physique directe sur la personne du condamné.

Un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1975⁵⁰, qui concernait une affaire où la partie défenderesse refusait de se soumettre à un examen psychiatrique, érige « l'interdiction d'exercer une contrainte physique sur la personne et de pénétrer dans le domaine de la personnalité » en principe général de droit. Toujours selon cet arrêt, « cette interdiction signifie que, hormis les cas prévus par la loi, toute contrainte physique sur une personne, notamment en vue de la contraindre à accomplir un acte (...), est interdite »⁵¹.

48. Parmi beaucoup d'autres, cons. A. COLIN et H. CAPITANT, avec le concours de M. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. 2, Paris, Dalloz, 1935, pp. 92-93; H. DE PAGE, *Traité*, 3^e éd., t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 125; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, p. 4 et s.

49. Voy., par ex., A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, Paris, 1975, p. 892 et s.

50. *Pas.*, 1975, I, p. 692, note E.K. A ce sujet, voy. A. VAN OEVELEN, « Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen - en het contractenrecht » in *Algemene Rechtsbeginselen*, Anvers, Kluwer, Ed. jurid., 1991, p. 128 et s.

51. D'autres arrêts abondent en ce sens (Cass., 5 janv. 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567; Cass., 23 déc. 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 477).

L'adage « *Nemo potest praecise cogi ad factum* »⁵² est la traduction de ce principe général en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire. A propos de cette maxime de droit, un arrêt de la Cour de cassation, du 8 juin 1849⁵³, déclare qu'elle « est fondée sur ce qu'en cas de refus de poser le fait promis, il faudrait forcer ou violenter le débiteur pour lui faire poser ce fait, ce qui pourrait gêner la liberté individuelle et dégénérer quelquefois en une espèce de servitude, comme l'obligation de faire un tableau, de faire un livre, de faire l'éducation de quelqu'un »⁵⁴.

Par identité de motifs, ce principe de droit régit évidemment aussi l'exécution forcée en nature des obligations de *dare*, lorsqu'elles ne sont pas exécutées *solo consensu*⁵⁵ : on n'imagine pas, pour ne prendre qu'un exemple, de faire intervenir la force publique pour contraindre physiquement le vendeur de choses fongibles à les individualiser *lui-même*!

14. L'expulsion *manu militari*. — Comme y insiste la Cour de cassation⁵⁶, la protection de l'intégrité physique de la personne n'est pas une valeur absolue. Il existe, en effet, des hypothèses où désireux de préserver des intérêts jugés supérieurs, le droit positif s'accommode d'une atteinte à l'intangibilité de la personne humaine.

Dans certains cas, le Code civil admettait ainsi la contrainte par corps, qui jouait le rôle d'une épreuve de solvabilité; tombée en désuétude, la prison pour dettes a toutefois été abrogée par la loi du 31 janvier 1980⁵⁷.

L'expulsion *manu militari* des occupants d'immeuble sans droit demeure, par contre, d'actualité. Elle permet d'assurer, dans certains cas, l'effectivité d'une obligation contractuelle : il en va ainsi de l'obligation de quitter les lieux pesant sur le preneur en fin de bail ou encore de l'obligation de délivrance qui pèse sur le vendeur⁵⁸ ou sur le bailleur⁵⁹.

On proteste parfois contre cette voie d'exécution que l'on juge trop dure. Elle est toutefois parfaitement légale, puisque plusieurs dispositions y font expressément référence⁶⁰. D'ailleurs, on ne voit pas très bien comment l'on pourrait en faire l'économie, en pratique : en ne la tolérant pas, le législateur enfermerait le titulaire du droit réel ou de créance dans un rôle de bailleur forcé. Au demeurant, il ne faut pas exagérer l'atteinte qui est portée à l'intégrité physique de l'expulsé. Elle est plus réduite qu'il y

52. Pour une étude historique de l'adage, cons. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 29-82.

53. *Pas.*, 1850, I, p. 81, concl. 1^{er} Av. gén. DEWANDRE.

54. Autrement dit, il y a impossibilité *morale* de contraindre physiquement le débiteur condamné à s'exécuter. On peut, d'ailleurs, ajouter que souvent, il serait aussi *matériellement* impossible d'obtenir du débiteur pareille exécution, s'il s'obstine à ne pas obéir.

55. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 77.

56. Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 692, note E. K.; Cass., 23 déc. 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 477.

57. A ce propos, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 78-79.

58. Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., pub. par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. 8 avec la collaboration de G. LAGARDE, Paris, 1936, p. 316.

59. L. SIMONT et J. DE GAVRE, « Examen de jurisprudence (1969 à 1975). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 250-251.

60. La principale d'entre elles est l'article 591, 1^o du Code judiciaire, qui déclare le juge de paix compétent pour les demandes en expulsion de lieux occupés sans droit, qu'elles soient ou non la suite d'une convention.

paraît, à première vue. Il ne s'agit, en effet, pas tellement de mettre la main au collet de la personne. L'huissier de justice se fait accompagner de déménageurs chargés de sortir le mobilier et les effets de l'expulsé : le postulat est que « l'homme suit ses meubles »⁶¹. D'ordinaire, le rôle de la force publique se limite à prêter main-forte à l'huissier de justice, en protégeant tant sa personne que celle de ceux qui l'assistent dans son office; et ce n'est qu'en désespoir de cause, si l'occupant n'entend pas déguerpir, que les agents de la force publique se résoudront à l'expulser, par la contrainte physique.

Le droit belge laisse pourtant à désirer en ce domaine. On ne peut, en effet, que déplorer l'absence de dispositions légales organisant le déroulement pratique de cette voie d'exécution⁶²⁻⁶³.

II. La contrainte par substitution

15. Notion. — La contrainte physique directe étant, en principe, bannie du droit belge, le législateur s'est tourné vers une autre technique d'exécution, qui est plus douce mais tout aussi satisfaisante pour le créancier : *la contrainte par substitution*⁶⁴. Lors du colloque que l'association Henri Capitant a consacré à l'effectivité des décisions de justice, le rapporteur général V. Denti a désigné cette technique par une expression assez proche : l'« exécution forcée en termes de substitution du *facere* du débiteur »⁶⁵.

L'idée est la suivante.

Si l'exécution en nature nécessite l'accomplissement d'une prestation « personnelle », « irremplaçable » du débiteur condamné, la contrainte par substitution ne peut être envisagée. En revanche, si cette exécution n'implique pas un fait « personnel » du débiteur, en ce sens que la prestation en souffrance participe de celles qui, en raison de leur caractère « fongible », sont susceptibles d'être adéquatement exécutées par autrui, le bénéficiaire de la décision de justice pourra avoir utilement recours à cette forme de contrainte et, de la sorte, obtenir satisfaction.

Sous l'expression générique de « contrainte par substitution », il est permis, comme nous le verrons, de regrouper trois procédés : le remplacement judiciaire; le jugement tenant lieu d'acte de la partie condamnée; l'enlèvement *manu militari* d'un meuble corporel. Mais avant toutes choses, il convient de formuler deux remarques qui ont leur importance tant sur le plan théorique que pratique.

Primo, grâce à la contrainte par substitution, le titulaire de la décision de justice obtient bien l'exécution *en nature* de la condamnation et non pas un simple équivalent de

61. J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1976, 9^e éd., p. 566. Dans le même sens, voy. B. STARCK, *Droit civil. Obligations. 2. Contrat*, 3^e éd. par H. ROLAND et L. BOYER, Paris, Litec, 1989, p. 561.

62. Pour une présentation détaillée de la pratique actuelle, voy. « Faut-il humaniser la procédure d'expulsion ? », in *Les échos du logement*, 1994, p. 145 et s.

63. Une proposition de loi « visant à humaniser la procédure d'expulsion » a toutefois été déposée récemment (à ce sujet, voy. « Faut-il humaniser la procédure d'expulsion ? », in *Les échos du logement*, 1994, pp. 141-168).

64. Nous empruntons ce terme à J. BARTHÉLEMY, « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *Revue de droit public*, 1912, p. 523.

65. V. DENTI, « Rapport général », in *L'effectivité des décisions de justice*, t. 36, Travaux de l'Association H. Capitant, Paris, Economica, 1985, p. 37.

l'obligation. Sans doute, la prestation émanera-t-elle d'une autre personne que le débiteur. Cela n'a toutefois aucune importance. Car ce qui compte aux yeux du créancier, c'est d'obtenir une satisfaction conforme à l'objet de son droit⁶⁶. Les articles 1236 et 1237 du Code civil confirment cette idée, lorsqu'ils permettent à un tiers d'acquitter, même contre le gré du créancier, la dette du débiteur⁶⁷.

Secundo, la contrainte par substitution constitue bien une exécution *forcée* de la condamnation. Le bénéficiaire de celle-ci obtient, en effet, satisfaction *malgré* l'inertie ou la récalcitance de la partie condamnée.

16. Le système des articles 1142 à 1144 du Code civil. — C'est, à bien y regarder, cette logique qui a présidé à la rédaction des articles 1142 à 1144.

Si le débiteur condamné *ad ipsam rem* n'obtempère pas à l'ordre du juge dans le délai imparti, il s'expose aux conséquences qu'énoncent ces trois textes.

Sauf disposition légale contraire, le créancier ne peut, nous l'avons dit, solliciter l'intervention de la force publique pour contraindre physiquement le débiteur à honorer son engagement. Partant de ces prémisses, les rédacteurs du Code civil placent le créancier devant une alternative :

- soit il se rabat, à défaut d'exécution dans le délai fixé, sur la condamnation de son débiteur à des dommages-intérêts, laquelle donnera lieu, le cas échéant, à une saisie-exécution;
- soit il entend obtenir, malgré la désobéissance du débiteur condamné, son dû, et il recourt à la contrainte par substitution en faisant effectuer l'obligation en souffrance aux dépens de ce dernier.

La seconde branche de cette alternative est contenue dans les articles 1143 et 1144 du Code civil : c'est la voie de l'exécution *forcée* (au sens de « contre le gré du débiteur ») en nature.

Éclairés de la sorte, ces trois articles se présentent ainsi comme un ensemble cohérent⁶⁸. Ceci dit, un double reproche peut être adressé au législateur. Tout d'abord, la formulation des articles 1143 et 1144 apparaît trop étroite : il y a d'autres formes de contrainte par substitution que le remplacement judiciaire (voy. *infra*, n^{os} 18 et 19). Ensuite, le remplacement judiciaire ne doit pas être cantonné aux seules obligations de faire et de ne pas faire (voy. *infra*, n^o 17)⁶⁹.

66. P. WIGNY, « Responsabilité contractuelle et force majeure », *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, pp. 30-31; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préface de J. CARBONNIER, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 262 et s. Voy. aussi F. LAURENT, *op. cit.*, t. 16, 1875, p. 257 : « Qu'importe que le fait soit exécuté par un tiers au lieu de l'être par le débiteur ? Le plus souvent le créancier n'a aucun intérêt à ce que le fait soit presté par le débiteur même. Donc la plupart des obligations de faire pourront être exécutées directement ».

67. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 150.

68. Favart déclarait ainsi : « Cela est conforme au principe que celui qui s'est obligé de faire une chose ne peut pas y être contraint, mais qu'on peut la faire faire pour lui et à ses frais ou demander des dommages et intérêts à raison de son inexécution » (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, pp. 322 et 323).

69. Sur les raisons de ces oublis, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 116 et s.

17. Le remplacement judiciaire. — Pour reprendre les termes judiciaires d'un arrêt de la Cour de cassation française, le remplacement judiciaire est un « procédé de contrainte pour vaincre la résistance de la partie condamnée »⁷⁰.

Le dispositif de la décision judiciaire est conçu dans les termes suivants. Le juge condamne le débiteur à exécuter en nature son obligation — qu'il s'agisse de faire quelque chose (art. 1144 C. civ.) ou de détruire ce qui a été accompli au mépris de l'engagement de *non facere* (art. 1143 C. civ.) — et il autorise, d'ores et déjà, le créancier, en cas d'inexécution dans le délai que la décision a imparti, à effectuer lui-même ou à faire effectuer par autrui la prestation en souffrance, aux dépens de la partie défaillante, avec, s'il échet, le concours de la force publique⁷¹. L'intervention de la force publique en cette matière n'a rien de surprenant. Son concours se révélera, en effet, nécessaire, si le débiteur cherche à entraver physiquement le bon déroulement de cette exécution par substitution : comme l'observe très justement J. Normand, « l'exécution par le créancier lui-même ou par un tiers (...) implique à la charge du débiteur une obligation de laisser faire »⁷².

Le remplacement judiciaire déborde le cadre étroit des obligations visées par les articles 1143 et 1144 du Code civil. Sans doute, un ancien arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1874 avait-il exclu l'application de l'article 1144 pour les obligations de *dare*⁷³. Dans son arrêt du 6 mars 1919⁷⁴, la Cour a toutefois abandonné cette interprétation, en affirmant qu'en ce qui concerne la possibilité de l'exécution directe, « la loi ne fait aucune distinction entre les obligations de donner et les obligations de faire ou de ne pas faire », et que « (...) l'article 1144 a rappelé, pour les obligations de faire et de ne pas faire, un principe général des obligations ». Il n'y a, partant, aucune objection à ce que le remplacement judiciaire assure l'exécution forcée en nature des obligations de *dare* portant sur des choses fongibles qui n'ont pas été individualisées. A cette fin, le créancier demandera au juge l'autorisation soit de se fournir auprès d'un autre vendeur aux frais du débiteur défaillant⁷⁵, soit de faire procéder à l'individualisation des choses de genre par un tiers⁷⁶.

18. L'enlèvement *manu militari* d'un meuble corporel. — Si le débiteur n'obéit pas à l'ordre du juge de remettre ou de livrer une chose mobilière individuelle, le créancier a le droit de faire procéder à l'exécution forcée en nature, en sollicitant, si

70. Cass. fr. civ., 18 janv. 1956, *Bull. civ.*, 1956, I, p. 27, n° 34. Voy. aussi Cass. fr. com., 14 févr. 1961, *Bull. civ.*, 1961, III, p. 80, n° 87.

71. Voy., par exemple, Cass., 24 juin 1920, *Pas.*, 1921, I, p. 24; Bruxelles, 13 mai 1886, *Pas.*, 1887, II, p. 5; Comm. Bruxelles, 7 janvier 1960, *Jur. Comm. Brux.*, 1960, p. 189. Pour d'autres illustrations jurisprudentielles, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 108, note 65. La liste de ces décisions seraient, sans doute, bien plus longue, si les revues de jurisprudence n'étaient pas contraintes, par manque de place, de publier la plupart des décisions par extraits, amputées de leur dispositif, avec cette formule consacrée : « la suite sans intérêt » !

72. J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 612.

73. Cass., 2 juill. 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 244 et les conclusions de l'Avocat général MESDACH de ter KIELE.

74. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

75. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

76. Cass. fr. (civ.), 17 juill. 1968, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, commenté par G. CORNU, pp. 137-139.

nécessaire, le concours de la force publique⁷⁷. Il existe, depuis peu en droit français, une voie d'exécution spéciale à cette fin : la saisie-appréhension⁷⁸. En droit belge, en l'absence de texte similaire, l'huissier de justice doit se résoudre à appliquer, par analogie, la procédure de la saisie-revendication, qui, dans sa fonction véritable, constitue pourtant une saisie conservatoire (art. 1462 à 1466 C. jud.)⁷⁹.

Il est, à notre avis, abusif de discerner, dans cette voie d'exécution, une dérogation à l'adage « *Nemo potest praecise cogi ad factum* » en affirmant que le débiteur se voit contraint *manu militari* de livrer ou de restituer la chose due. De manière plus précise et plus conforme à la réalité, il convient de dire que le débiteur est forcé de *laisser prendre* cette chose par l'huissier de justice. Il s'agit donc bien, là aussi, d'une technique de contrainte par substitution. Ainsi que l'écrit R. Demogue, « ce qui est exigé du débiteur, c'est moins de livrer que de laisser prendre livraison »⁸⁰. Comme pour le remplacement judiciaire, l'office de la force publique se résume à faire respecter l'obligation de « laisser faire » qui pèse sur la partie condamnée : « on usera de violence à son égard, non pas pour (*la*) contraindre à exécuter, mais seulement pour faire cesser son opposition à l'exécution »⁸¹.

19. Le jugement valant acte du débiteur. — C'est la troisième variété de contrainte par substitution : à la requête du demandeur, le juge précise que, faute par le débiteur condamné de s'exécuter dans tel délai qu'il lui fixe, sa décision tiendra lieu d'acte⁸².

Grâce à ce jugement valant acte du débiteur, le créancier obtiendra ainsi, *contre le gré de son cocontractant*, l'exécution en nature qu'il souhaitait. Il s'agit, ici aussi, d'une forme de contrainte par substitution, avec toutefois cette particularité que, pour vinculer le mauvais vouloir de la partie condamnée, c'est le juge lui-même qui se substitue au débiteur.

Le plus souvent, cette technique permet à la Justice de délivrer au créancier l'*instrumentum* d'un contrat, dont elle a préalablement reconnu l'existence. En voici un exemple classique. Malgré la levée de l'option par son bénéficiaire, le débiteur d'une promesse unilatérale de vente d'immeuble refuse de se rendre chez le notaire, en vue de la passation de l'acte authentique de vente; le juge enjoindra au promettant, devenu vendeur, de se présenter en l'étude du notaire dans tel délai qu'il lui précisera, tout en ajoutant qu'à l'expiration de ce dernier, son jugement tiendra lieu d'acte authentique en vue de la transcription à la conservation des hypothèques⁸³⁻⁸⁴.

77. Voy., par ex., R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning*, Bruxelles, Larcier, 1977, p. 241.

78. Art. 139 et s. du décret d'application du 31 juillet 1992 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991.

79. G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, préface A. FETTWEIS, Fac. Dr. Econ. et Sc. soc. Liège, 1976, p. 23, note 2.

80. R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 6, 1931, pp. 145-146.

81. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.*, t. 1, 1897, p. 396.

82. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 119-121 et pp. 124-127.

83. Voy., par ex., Bruxelles, 17 juill. 1876, *Pas.*, 1877, II, p. 177; Gand, 17 janv. 1908, *Pas.*, 1909, II, p. 68; Mons, 24 juin 1981, *Pas.*, 1981, II, p. 125.

84. La jurisprudence emploie également ce procédé pour pallier l'inexécution d'autres promesses et notamment des promesses, unilatérales ou bilatérales, de bail. Voy. ainsi Cass. fr. (civ.), 3 mars

Dans certains cas, le jugement valant acte du débiteur poursuit une finalité plus ambitieuse : le juge n'hésite pas à se substituer au débiteur pour émettre, en son lieu et place, un acte de volonté auquel la loi ou la convention l'astreignent. Dans un ancien arrêt du 8 juin 1849⁸⁵, la Cour de cassation admet ainsi l'usage de cette technique pour remédier à l'inexécution d'une clause compromissoire. A ce propos, la Cour déclare que la « maxime « *Nemo potest...* » ni ses motifs ne peuvent s'appliquer à l'obligation de compromettre ou de nommer un arbitre, ce qui ne porte aucune atteinte à la liberté individuelle, et ce qui, en cas de refus, peut être suppléé par le juge ». Un arrêt du 5 janvier 1968⁸⁶ mérite également d'être cité dans ce contexte. La Cour de cassation ne censure pas, en l'espèce, le juge du fond qui, condamnant le débiteur à approuver des plans qui lui avaient été adressés, précisait que, s'il différât cette approbation de plus de quatorze jours après la signification de l'arrêt, celui-ci en tiendrait lieu. Le pourvoi se fondait sur la violation de l'article 1142 du Code civil et sur le fait que « l'acte qui doit être accompli par l'une des parties contractantes ne peut jamais être remplacé par une décision judiciaire, lorsque cet acte consiste à donner un libre assentiment à la création d'une situation déterminée ». La Cour suprême rejette le pourvoi en des termes particulièrement nets : « ... l'article 1142 du Code civil (...) n'exclut pas que l'exécution en nature de l'obligation soit demandée au juge et ordonnée par celui-ci lorsqu'elle est encore possible; (...) toutefois, aucune contrainte ne peut être exercée sur la personne du débiteur en vue de lui imposer cette exécution en nature; (...), s'agissant en l'espèce d'une obligation de faire qui a pour seul objet l'approbation d'un plan, le juge pouvait suppléer au défaut d'approbation et déclarer que sa décision tiendra lieu d'approbation ».

20. Limite à la contrainte par substitution : le caractère personnel de la prestation en souffrance. — Que la personne qui se substitue au débiteur défaillant soit le créancier lui-même⁸⁷, un tiers (par exemple, un autre fournisseur ou un autre entrepreneur), un huissier de justice ou encore le juge lui-même, il existe toujours un obstacle sur lequel viennent nécessairement butter les diverses formes de contrainte par substitution : il est impossible d'y recourir, lorsqu'elles se heurtent au caractère personnel de la prestation à exécuter. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas résumant remarquablement le problème, lorsqu'ils écrivent : « Est-il possible d'obtenir l'exécution en nature contre la volonté du débiteur ? (...) Très souvent, la prestation due peut être exécutée sans le concours personnel du débiteur; dans ce cas, le créancier a le droit d'exiger l'exécution en nature ». « Par conséquent, l'exécution forcée en nature est interdite, quand elle exige le concours du débiteur »⁸⁸. A bien y regarder, les arrêts du 6 mars 1919, du 28 avril 1922 et du 12 septembre 1958⁸⁹ de la Cour de cassation s'inscrivent dans la même logique.

Ainsi se dessine, en matière d'obligations contractuelles non pécuniaires, la *summa divisio* suivante : lorsque l'on cherche à savoir quand l'exécution forcée en nature est

1838, S., 1838, I, col. 299; Cass. fr. req., 11 juin 1925, *Gaz. Pal.*, 1925, II, jur., p. 436, note; Civ. Verviers, 18 févr. 1880, *Cl. Bonj.*, 1880-1881, col. 313.

85. Cass., 8 juin 1849, *Pas.*, 1850, I, p. 81. La question est actuellement résolue par les articles 1684 et 1685 du Code judiciaire.

86. Cass., 5 janv. 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567.

87. Voy. not. Cass., 12 sept. 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 45; Bruxelles, 17 janv. 1951, *Rev. prat. not.*, 1951, p. 236; Civ. Gand, 20 janv. 1892, *P.P.*, 1892, p. 283.

88. H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 1030, n° 933.

89. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80; Cass., 28 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 255; Cass., 12 sept. 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 45.

possible, il faut, sous réserve des cas exceptionnels où la contrainte physique sur la personne est admise (voy. *supra*, n° 14), rechercher si l'obligation est personnelle au débiteur. Ce n'est donc pas dans l'objet de l'obligation (obligations de *dare versus* obligations de *facere* ou de *non facere*; faits matériels *versus* faits juridiques et abstraits⁹⁰) qu'il faut chercher la réponse à cette question. Certains glossateurs adoptaient déjà, au Moyen-Âge, le critère que nous proposons, comme en témoigne la glose *obligationibus* sur Celse (l. 6 dig.), *D.*, 42, 1, 13, 1 : « ...*distinguunt an possit per alium fieri et tunc precise teneatur alias non...* »⁹¹. Plusieurs droits modernes ont également consacré cette distinction dans leur législation : c'est le cas, notamment, du droit allemand qui fait le départ entre les « *vertretbare Handlungen* » et les « *unvertretbare Handlungen* »⁹².

Quelles sont ces obligations personnelles sur lesquelles la contrainte par substitution ne peut avoir aucune prise ?

Il est impossible d'épuiser la question en quelques lignes⁹³. Il est, en tout cas, certain que la majorité des obligations ne sont pas purement personnelles au débiteur. En effet, ce que le créancier a essentiellement à l'esprit lorsqu'il contracte avec lui, c'est un résultat économique, que, très souvent, une personne autre que le débiteur serait parfaitement en mesure de lui procurer (argument tiré des articles 1236 et 1237 du Code civil). Que lui importe que le mazout qu'il a commandé lui soit fourni par tel fournisseur plutôt que par tel autre ? Que lui importe que l'édification du mur pour laquelle il a conclu un contrat d'entreprise soit l'oeuvre de son débiteur ou de l'un de ses concurrents ? On pourrait multiplier les exemples. Généralement, les prestations sont donc fongibles, interchangeables.

Il existe toutefois des exceptions à cette fongibilité. Ainsi les obligations *intuitu personae* sont-elles évidemment personnelles au débiteur, car « l'*intuitus personae* affecte le contenu même de l'obligation ». Il s'opère, pour ces obligations, une « réification de la personne dans la prestation »⁹⁴. Contrairement à ce que l'on affirme souvent, les obligations personnelles ne se résument toutefois pas aux seules obligations *intuitu personae*. D'autres considérations, de fait⁹⁵ ou de droit, peuvent tenir en échec la contrainte par substitution. Ainsi les promesses unilatérales de contrat ne peuvent, en cas d'inexécution, se prêter au jugement tenant lieu d'acte, lorsque la conclusion de ce contrat nécessite, en raison de son caractère solennel (par exemple, le contrat d'hypothèque) ou réel (par exemple, le contrat de gage), l'accomplissement par le seul débiteur d'une formalité ou la remise volontaire d'une chose; par ailleurs, les condamnations non pécuniaires prononcées à l'encontre des pouvoirs publics ne peuvent, en raison de leur immunité d'exécution, être traduites dans les faits contre le gré de ceux-ci⁹⁶.

B. LES CONDAMNATIONS SUBSIDIAIRES À DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS EN CAS D'INEXÉCUTION DE LA CONDAMNATION *AD IPSAM REM*

90. H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, pp. 125 et 126, note 5; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 194-195.

91. D. GODEFROY, *Digestum novum*, 1612.

92. Articles 887 et 888 Z.P.O.

93. Pour une étude de la question, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 125-127 et pp. 341-351.

94. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris, 1974, p. 177.

95. Voy., par ex., Gand, 10 juillet 1895, *Pas.*, 1896, II, p. 84.

96. Sur ces hypothèses et d'autres similaires, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 348 à 351.

21. Les deux types de condamnations. — La relecture de l'article 1142 qui a été proposée, rend compte d'une pratique judiciaire courante. Il est, en effet, fréquent que les plaideurs demandent, dans leurs conclusions, une condamnation «principale, actuelle et certaine» qui prescrit au débiteur de s'exécuter en nature, et une seconde, «subsidaire et subordonnée à un événement futur, qui, en prévision de l'inexécution, (*oblige le débiteur*) à réparer, au moyen d'une indemnité, le dommage qui (*doit*) résulter de cette inexécution»⁹⁷.

Cette seconde condamnation peut également prendre la forme de dommages-intérêts par jour de retard dans l'exécution du jugement⁹⁸. Le retard apporté à l'exécution de la condamnation *ad ipsam rem* peut, en effet, être, lui aussi, source de préjudice pour le créancier. A cet égard, la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 2 janvier 1912 est exemplaire : «en vertu des articles 1126 et 1142 du Code civil, il appartient au juge, en cas d'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, d'allouer une somme fixe par jour de retard, à titre d'indemnité, dès que le préjudice est certain et que son importance peut être déterminée par les faits de la cause; (...) il importe peu que l'indemnité soit allouée globalement ou que son étendue se mesure au temps pendant lequel durera l'inexécution des obligations du débiteur, la loi n'établissant, sous ce rapport, aucune distinction»⁹⁹.

97. Nous reprenons les termes employés par Cass. fr. civ., 8 mars 1871, *S.*, 1871, I, p. 161. Pour une étude de ces condamnations, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 96-97; P. WÉRY, « L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire », *R.R.D.*, 1996, pp. 211 à 222.

98. *Pand. belges*, t. 39, V° « Exécution des jugements, etc. (Matière civile) », col. 199, n° 13; *R.P.D.B.*, t. 5, V° « Exécution des jugements et actes en matière civile », p. 44, n° 25; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 97 et s. Voy., par ex., Civ. Bruxelles, 16 juill. 1982, *R.D.C.*, 1983, p. 458.

99. *Pas.*, 1912, II, p. 107.

C. L'ASTREINTE

22. La situation antérieure à la loi du 31 janvier 1980. — Quelle que soit la forme que revêt la condamnation fondée sur l'article 1142, les dommages et intérêts doivent nécessairement poursuivre un but indemnitaire : leur montant doit être calculé sur le préjudice que causera au créancier l'absence d'exécution de la condamnation *ad ipsam rem* ou le retard apporté dans son exécution. Il n'est point permis aux juges d'aller au-delà, ainsi que la Cour de cassation l'a rappelé, en termes énergiques, dans un arrêt de principe du 24 janvier 1924: « Aucune disposition légale ne permet au juge civil de sanctionner ses injonctions par des condamnations pécuniaires à titre de pure contrainte, peine privée ou menace; (...) s'il le fait, il excède ses pouvoirs, (...) la sanction des obligations conventionnelles de faire ou de ne pas faire consiste dans les dommages-intérêts compensatoires ou moratoires, réparateurs d'un préjudice »¹⁰⁰.

Sur le plan de l'effectivité des décisions de justice et même s'il ne faut pas minimiser les services que l'article 1142 peut rendre en pratique¹⁰¹, c'est à coup sûr le point faible de la solution qu'offre ce texte. Pour renforcer l'autorité du titre judiciaire et, partant, le principe de l'exécution en nature, il importait donc que le juge pût condamner le débiteur récalcitrant à une somme d'argent dont le montant serait sans commune mesure avec le dommage du créancier. Il faudra attendre la loi du 31 janvier 1980, pour que l'astreinte acquière enfin ses lettres de noblesse en droit belge.

23. L'avènement de l'astreinte. — Aux termes de l'article 1385*bis* du Code judiciaire, le juge peut assortir toute condamnation qu'il prononce, d'une condamnation accessoire à une astreinte en cas d'inexécution de celle-là¹⁰². Le législateur excepte cependant les actions en exécution de contrat de travail et les condamnations pécuniaires¹⁰³.

Les juges usent volontiers de ce moyen de pression, dont voici les principales caractéristiques. Le juge ne peut ordonner l'astreinte d'office : il faut une demande du créancier. Par ailleurs, le créancier n'a pas un droit à l'astreinte : libre de l'accorder ou de la refuser, le juge détermine souverainement les modalités et le montant de l'astreinte qu'il inflige à la partie condamnée. Signalons enfin que le produit de l'astreinte bénéficie, non pas à l'Etat, mais au titulaire du jugement de condamnation; il s'agit donc d'une peine privée.

La brièveté de nos développements pourrait être trompeuse, en laissant croire que l'astreinte n'est guère utilisée en pratique. C'est tout le contraire qui se dégage de la consultation de la jurisprudence ! Il ne nous paraît toutefois pas nécessaire de nous attarder davantage sur l'astreinte dans ce rapport. Il existe, en effet, des études doctrinales très approfondies de cette institution. Il nous est ainsi possible de nous arrêter plus longuement sur un autre concept qui, lui, est beaucoup moins familier aux juristes belges : la réparation en nature du dommage contractuel.

100. Cass., 24 janv. 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 151, concl. conf. Procureur général Vicomte TERLINDEN.

101. Voy. sur ce point P. WÉRY, *op. cit.*, *R.R.D.*, 1996, pp. 219-221.

102. Voy. tout spéc. I. MOREAU-MARGRÈVE, « L'astreinte », *Ann. Dr. Liège*, 1982, p. 1 et s.; J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. Not.*, t. 13, livre 4, titre 6, 1992.

103. Sur les raisons de cette exclusion, voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, *Ann. Dr. Liège*, 1982, p. 71 et s.

SECTION 2

LA RÉPARATION EN NATURE DU DOMMAGE CONTRACTUEL

24. Introduction. — Nombreux sont les auteurs qui, en Belgique, voient dans la réparation en nature une notion synonyme de l'exécution en nature¹⁰⁴. Une tendance récente, qui s'appuie sur des travaux de la doctrine française¹⁰⁵, insiste toutefois sur la nécessité de ne pas confondre ces concepts, car ils correspondent à des réalités différentes (sous-section 1). Après avoir cerné la définition de la réparation en nature, on s'enquerra de son fondement légal, car cette figure juridique est loin d'être acceptée par tous (sous-section 2). Il nous restera alors à mettre en évidence les intérêts pratiques qui s'attachent à la distinction entre ce mode de réparation et l'exécution en nature de l'obligation contractuelle (sous-section 3).

Sous-section 1 : La définition de la réparation en nature

25. Un des effets de la responsabilité contractuelle. — Il est classique d'opposer l'exécution en nature de l'obligation à son exécution par équivalent, et d'enseigner que lorsque le débiteur s'exécute de cette dernière manière, c'est toujours l'obligation primitive qu'il accomplit, même si celle-ci se réalise sous une autre forme, c'est-à-dire par le paiement de dommages et intérêts¹⁰⁶.

C'est par la mise en évidence de la responsabilité contractuelle comme *source autonome d'obligation* que l'idée de la réparation en nature a pu voir le jour en matière contractuelle. Un certain nombre d'auteurs, surtout en doctrine française, contestent, en effet, l'idée selon laquelle les dommages et intérêts perpétuent, sans solution de continuité, l'obligation contractuelle inexécutée. C'est ainsi que H. et L. Mazeaud enseignent que « c'est malgré lui que celui qui n'exécute pas devient débiteur de dommages et intérêts; c'est contre son gré qu'il est obligé de réparer le préjudice subi »¹⁰⁷. Une nouvelle obligation voit ainsi le jour sur les cendres de l'obligation contractuelle primitive, avec pour objet de réparer le préjudice causé par l'inexécution fautive de cette dernière. Or, poursuivent ces éminents civilistes, « pour cette mission, plus divine qu'humaine, (*le législateur*) lui (*c'est-à-dire au juge*) a laissé les mains libres. Singulière conception que celle qui veut faire du juge une machine à chiffrer les dommages, sans lui laisser le droit de réparer autrement qu'en faisant payer ! »¹⁰⁸

La réparation en nature se présente ainsi comme une des suites possibles de la responsabilité contractuelle. On observe, de la sorte, un parallélisme parfait entre les deux ordres de la responsabilité civile puisque la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'en raison de la généralité des termes de l'article 1382, la responsabilité aquilienne

104. Voy. not. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, Nouvelles, Droit civil*, t. V, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 746 et s. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1976-1982) », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 193-204, spéc., n° 93.

105. Voy. not. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, 1975, pp. 478 à 481; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, 2 éd., Paris, Sirey, pp. 733 à 737.

106. Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, p. 130.

107. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 1, 1934, p. 103. Voy. aussi M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.*, 1974, p. 279.

108. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 1, 1934, p. 353.

admet aussi bien la réparation pécuniaire que la réparation non pécuniaire du dommage¹⁰⁹.

Reste à préciser le moment à partir duquel l'on quitte le domaine de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle pour entrer dans la sphère de la responsabilité contractuelle. H. et L. Mazeaud estiment que toute inexécution fautive de l'obligation contractuelle, même sous la forme d'un refus ou d'un simple retard d'exécution, engendre une dette, nouvelle, de réparation; toute condamnation a, dès lors, pour objet la réparation du préjudice contractuel, ce qui les amène à distinguer la réparation en nature, qu'ils appellent aussi condamnation en nature, la réparation en équivalent non pécuniaire et la réparation en équivalent pécuniaire¹¹⁰.

La majorité des partisans de la réparation en nature récuse ce point de départ. Selon leur thèse, à laquelle nos adhérons, la réparation en nature suppose que l'exécution en nature de l'obligation contractuelle ne peut être accordée au créancier, soit parce qu'elle n'est pas ou n'est plus possible, soit parce que le créancier abuserait de son droit en la réclamant¹¹¹. Le créancier subit de ce fait un préjudice, dont il va exiger réparation au débiteur si, bien sûr, celui-ci a commis une faute. L'équivalent qui l'indemniserait consistera, soit dans le paiement d'une somme d'argent à titre de dommages et intérêts, soit en une réparation en nature.

26. La différence entre l'exécution en nature et la réparation en nature. — Il existe une différence d'essence irréductible entre ces deux notions.

Pour reprendre les adjectifs employés par M.-E. Roujou de Boubée dans son *Essai sur la notion de réparation*, la première est satisfaisante, alors que la seconde n'est que compensatoire¹¹².

En d'autres termes, l'exécution en nature procure au créancier une satisfaction qui est conforme à l'objet de l'obligation contractuelle : c'est cette obligation, telle qu'elle a été convenue, qui est réalisée. Quant à la réparation en nature, elle se borne à compenser le préjudice que subit le créancier, né du fait qu'il n'obtient pas la prestation contractuelle. Dans la mesure où elle ne lui procure pas exactement la satisfaction qui avait été prévue, la réparation en nature, au même titre d'ailleurs que les dommages et intérêts, ne peut être qu'un pis-aller, qu'un « à peu près »¹¹³. Bref, elle n'offre au créancier qu'un *équivalent* du résultat que lui aurait fourni l'exécution en nature de l'obligation contractuelle¹¹⁴. La réparation en nature impose donc au débiteur l'accomplissement

109. Voy. not. Cass. fr. (req.), 9 août 1880, S., 1881, I, p. 358; Cass., 30 janvier 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, note J. DABIN; Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE; H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 1964, pp. 1067 à 1069.

110. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 1, 1934, pp. 102 et 103 ainsi que p. 348 et s.

111. Sur ce point, voy. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.*, 1974, p. 161 et s.; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, 1975, p. 479; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 149 à 151; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, pp. 330-332.

112. *Op. cit.*, 1974, p. 146.

113. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.*, 1974, p. 267.

114. Il est donc tautologique de parler de « réparation par équivalent ». Cette expression est fréquemment utilisée pour opposer la réparation en nature à la réparation pécuniaire, par le versement de dommages et intérêts. A proprement parler, toute réparation, en ce compris la réparation en nature, constitue un équivalent du résultat qu'aurait procuré l'exécution en nature de l'obligation contractuelle.

d'une prestation qui est étrangère au contenu obligationnel du contrat, tel que le définissent les articles 1135 et 1134, alinéa 3, du Code civil¹¹⁵.

Deux exemples, parmi d'autres, permettent d'illustrer cette différence fondamentale.

Prenons, tout d'abord, le cas du dépôt régulier d'un corps certain. Je confie à mon voisin un livre qui n'est plus en très bon état de conservation, mais auquel j'attache une valeur sentimentale parce qu'il comporte une dédicace de l'auteur. Supposons que lorsque je réclame au dépositaire la restitution de l'ouvrage, je me heurte à un refus de sa part; il prétend, en effet, que l'objet lui appartient. Je vais donc assigner mon débiteur en exécution en nature de son engagement, afin qu'il me restitue ce livre (art. 1932, C. civ.). Supposons, à présent, que le dépositaire ne soit plus en mesure de me remettre le livre car il l'a perdu. Plutôt que de me satisfaire de dommages et intérêts, je peux exiger de mon débiteur qu'il me fournisse *un autre* exemplaire de l'ouvrage : je réclame alors la réparation en nature de la perte que j'ai subie. Il ne s'agit cette fois que d'un équivalent, car même si je reçois un livre neuf, il ne comportera pas la précieuse dédicace.

L'hypothèse de l'architecte dont la responsabilité est engagée pour ne pas avoir correctement établi les plans de construction d'une maison, est également intéressante à relever. Sans doute la réfection totale ou partielle des travaux défectueux ne peut-elle lui être réclamée au titre de l'exécution en nature de ses obligations contractuelles, « car l'objet de son obligation n'est pas de construire »¹¹⁶; en revanche, une telle condamnation serait, à notre avis, parfaitement possible, sur la base de la responsabilité contractuelle¹¹⁷.

Certaine sur le plan théorique, la distinction entre réparation en nature et exécution directe de l'obligation contractuelle est loin d'être toujours aussi tranchée en pratique : comme l'observe M.-E. Roujou de Boubée, « il est parfois bien difficile de discerner les techniques susceptibles de satisfaire le créancier, de celles qui ne pourront lui apporter qu'une compensation (...). Souvent on passe de manière presque insensible de l'exécution à la réparation »¹¹⁸.

27. Caractéristiques intrinsèques de la réparation en nature. — Ce succédané que constitue la réparation en nature ne peut être déterminé arbitrairement par le juge : il doit impérativement exister une certaine équivalence entre l'avantage qui était

115. Sur ce point, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, pp. 170-171.

116. G. BRICMONT, *La responsabilité des architecte et entrepreneur en droit belge et en droit français*, 2^e éd., Bruxelles-Paris, Larcier-Dalloz, 1965, pp. 159-160. Voy. aussi M.-A. FLAMME et P. LEPAFFE, *R.P.D.B.*, v^o « Devis et marchés », 1966, p. 540, n^o 678.

117. P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, préface M.-A. FLAMME, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 386, n^o 487 : « il est loisible au tribunal d'ordonner la réparation par exécution de travaux et à défaut par l'allocation de dommages et intérêts. Le principe de l'exécution en nature et le caractère intellectuel des prestations dues par l'architecte n'y font pas obstacle puisque, par hypothèse, l'obligation contractuelle a préalablement été convertie en une dette de responsabilité »; M.-A. et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise (10 ans de jurisprudence 1966 à 1975)*, (extrait du *J.T.*), Bruxelles, Larcier, 1976, p. 54, n^o 122 (qui fondent leur opinion sur Cass. fr. (civ.), 28.2.1969, *Sem. jur.*, 1969, IV, p. 90).

118. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, op. cit., 1974, p. 193. Voy. aussi G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., t. 2, 1962, p. 556 et A. WEILL et F. TERRÉ, op. cit., 1975, p. 479, n^o 428. Pour quelques illustrations, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, pp. 168 à 171.

escompté de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle et celui qui est consenti en guise de compensation¹¹⁹.

Cette équivalence doit s'observer tant sur le plan quantitatif (respect des limitations prescrites par les articles 1150 et 1151 du Code civil) que sur le plan qualitatif (le juge ne pourrait ordonner une mesure qui serait sans rapport avec le préjudice, par exemple, enjoindre au dépositaire qui n'est pas en mesure de restituer l'objet qui lui avait été confié, d'effectuer des travaux de jardinage au profit du créancier).

Il est, par ailleurs, interdit au tribunal d'ordonner une réparation qui serait humiliante pour le débiteur (on ne peut ainsi lui demander de faire amende honorable) ou qui constituerait une manière d'expropriation pour cause d'utilité privée (par exemple, enjoindre au débiteur d'un corps certain perdu de fournir, à titre de compensation, un bien dont il est précisément propriétaire)¹²⁰.

Sous-section 2 : Y a-t-il place pour la réparation en nature du dommage contractuel, en droit belge ?

28. Les incertitudes doctrinales. — Une chose est de faire le départ, sur le plan théorique, entre l'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel; une autre est de savoir si cette dernière est effectivement admise en droit positif. Le principe est, en effet, loin d'être acquis à l'heure actuelle, même parmi les auteurs qui insistent sur la nécessité de cette distinction !

Un nombre assez important d'auteurs rejette la réparation en nature en matière contractuelle. C'est notamment le cas de J. Carbonnier¹²¹, de M. Planiol et G. Ripert¹²² ou encore, pour le droit belge, de H. De Page¹²³. Cette thèse se fonde sur le prescrit de l'article 1142, qui, à leurs yeux, proclame le principe de la réparation exclusivement pécuniaire du dommage contractuel. Permettre au juge, en l'absence de texte l'y habilitant, de prononcer des condamnations ayant un objet autre que l'exécution en nature de l'obligation ou le versement de dommages et intérêts reviendrait à consacrer, en droit positif, l'existence d'obligations judiciaires¹²⁴.

Pour écarter le spectre de telles obligations, les auteurs qui sont favorables à la réparation en nature font, tout d'abord, remarquer que l'obligation de réparer le dommage trouve son origine dans la loi, qui impose au responsable d'un dommage d'indemniser la victime. Ils s'élèvent ensuite contre la portée qui est prêtée à l'article 1142. Les raisonnements les plus divers sont avancés : interprétation *a contrario* de cet article (et donc admission de la réparation en nature pour les obligations de *dare*); interprétation restrictive de ce texte (et donc exclusion de la réparation en nature pour les seules obligations personnelles au débiteur ou encore rejet des modes de réparation vexatoires ou attentatoires à la liberté humaine); interprétation large de la notion de dommages et intérêts

119. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.*, 1974, p. 267 et s.; P. WÉRY, *L'exécution forcée ...*, *op. cit.*, 1993, pp. 153 à 155.

120. Sur ces deux restrictions, voy. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.*, 1974, pp. 281-282; P. WÉRY, *L'exécution forcée ...*, *op. cit.*, 1993, pp. 154 à 155.

121. J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1976, p. 271.

122. *Op. cit.*, t. 7, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, 1954, pp. 148 à 151.

123. *Traité*, t. 3, 1967, pp. 128 et 129, avec toutefois la nuance du petit texte.

124. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 437.

(ceux-ci pourraient être non pécuniaires); argument tiré des articles 1143 et 1144 qui sont présentés comme deux exemples de réparation non pécuniaire¹²⁵. Certains auteurs croient, d'ailleurs, trouver d'autres manifestations de la réparation en nature dans les articles 1228, 1243, 1932 du Code civil ou encore dans la résolution judiciaire des contrats¹²⁶.

29. Les incertitudes jurisprudentielles. — Tant en Belgique qu'en France, deux grands courants se partagent la jurisprudence.

Une série assez longue de décisions rejette toute forme de réparation autre que pécuniaire en matière contractuelle¹²⁷. L'arrêt de la Cour de cassation française du 4 juin 1924, est, dans cette optique, particulièrement important : « Vu l'article 1142 du Code civil; attendu 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 »¹²⁸; cet attendu figure, au mot près, dans deux autres arrêts de la Cour¹²⁹. Pour la jurisprudence belge, on peut citer un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 12 août 1947, rendu à propos de l'obligation de garantie d'éviction en matière de vente, qui se déclare également hostile à la réparation non pécuniaire du dommage contractuel¹³⁰; quelques arrêts de la Cour de cassation, qui identifient l'exécution par équivalent aux dommages et intérêts, peuvent, sans doute, être invoqués en ce sens¹³¹.

Une autre partie de la jurisprudence admet, au contraire, la réparation en nature du dommage contractuel. Cette tendance est cependant loin d'être aussi homogène qu'il y paraît à première vue.

Il convient, tout d'abord, d'écarter un certain nombre de décisions qui, si elles proclament le droit du créancier d'obtenir la réparation en nature, emploient toutefois ce terme improprement : en examinant attentivement les faits de la cause, on s'aperçoit que le vocable y désigne l'exécution en nature de l'obligation contractuelle ou, si l'on peut s'exprimer ainsi, la « réparation en nature du manquement contractuel »¹³².

D'autres décisions ont, en revanche, incontestablement consacré de véritables hypothèses de réparation en nature. Certaines d'entre elles, tel l'arrêt Courage de la Cour de cassation française du 28 février 1969¹³³, paraissent admettre ce mode d'indemnisation en termes très généraux; d'autres, comme l'arrêt de la Cour de cassation

125. Sur toutes ces interprétations, voy. notre ouvrage *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 176 et s.

126. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 3, 1934, p. 363.

127. Voy. notre ouvrage *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 173 à 176.

128. S., 1925, I, p. 97, note L. HUGUENEY, *D.*, 1927, I, p. 136, obs.

129. Cass. fr., 9 juill. 1888, S., 1889, I, p. 381, obs. et *D.*, 1889, I, p. 156, obs.; Cass. fr., 19 févr. 1954, *Bull. transports*, 1954, p. 417, obs.

130. *J.C.B.*, 1948, p. 216.

131. Voy. not. Cass., 28 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 255.

132 C'est le cas de Mons, 19 déc. 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 693, note G.L. BALLON; Bruxelles, 20 janv. 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p.865; Liège, 14 févr. 1991, *R.R.D.*, 1992, p.416.

133. *Bull. civ.*, 1969, III, p. 139, n° 182 (qui admet la condamnation de l'architecte à «faire effectuer à ses frais tous les travaux nécessaires à la remise en état de l'immeuble » construit sous sa direction).

française du 20 janvier 1953¹³⁴, le réservent aux obligations de faire ou de ne pas faire qui ne sont pas personnelles au débiteur.

Si, à l'origine, les cours et tribunaux belges semblaient assez réservés sinon hostiles à l'endroit de la réparation en nature en matière contractuelle, il semble que la jurisprudence récente l'accueille désormais assez libéralement. Ce mode d'indemnisation s'est ainsi traduite par : la livraison d'un véhicule présentant les mêmes caractéristiques que celui qu'avait promis le vendeur¹³⁵; le maintien de la garantie de l'assureur pour le sinistre déclaré par son client, en raison de la mise en oeuvre déloyale d'une clause de suspension¹³⁶; l'obligation pour le bailleur de mettre gratuitement à la disposition de son locataire, pendant le temps des réparations destinées à remettre l'immeuble en bon état locatif, un immeuble équivalent qui soit en bon état de location¹³⁷; l'obligation pour Belgacom d'ajouter un avis rectificatif sur les factures de téléphone de certains de ses abonnés, afin de réparer le préjudice causé par l'oubli du nom d'un abonné (en l'espèce, un médecin) dans l'annuaire téléphonique^{138.139}.

30. Une création de la jurisprudence. — Quel parti prendre face à ces divergences ? La réparation en nature a-t-elle bien droit de cité dans le domaine contractuel ? Sans pouvoir revenir ici sur le détail de la démonstration que nous avons menée dans notre dissertation doctorale¹⁴⁰, il nous semble qu'aucun des arguments de textes avancés par les partisans de la réparation en nature n'est convaincant.

Tel que nous le relisons, l'article 1142 est, en effet, étranger à la question des modes de réparation du dommage en matière contractuelle; il présente seulement une des conséquences possibles de l'inexécution de la condamnation du débiteur à s'exécuter en nature. Quant aux articles 1143, 1144, 1228, 1243 ou encore 1932, ils ne prouvent qu'une chose : le créancier a le droit d'obtenir l'*exécution en nature* de l'obligation contractuelle. La résolution judiciaire peut, par ailleurs, difficilement être considérée comme un mode d'indemnisation¹⁴¹.

Force est donc de constater que toutes les dispositions du Code civil qui traitent de la responsabilité contractuelle n'envisagent que la condamnation du débiteur au paiement de dommages et intérêts. Il semble ainsi que le législateur de 1804 ait placé le créancier devant l'alternative suivante : soit réclamer l'exécution en nature, soit mettre en cause la responsabilité contractuelle de son débiteur, c'est-à-dire réclamer l'exécution par équivalent sous la forme de dommages et intérêts. La structure même du chapitre consacré à l'effet des obligations en apporte une confirmation supplémentaire : après avoir exposé quand et comment le créancier peut obtenir l'exécution en nature (sections 2 et 3), le législateur envisage la question des « dommages et intérêts résultant de l'inexécution

134. D., 1953, jur., p. 222, *Sem. jur.*, 1953, II, n° 7677, obs. P. ESMEIN (qui admet la condamnation du débiteur de corps certains à fournir des objets de mêmes nature et espèce que ceux qu'il devait).

135. Bruxelles, 4 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 699.

136. Mons, 17 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 203.

137. J.P. Jumet, 11 sept. 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 458.

138. Civ. Liège, réf., 6 juin 1995, *D.I.T.*, 1996, p. 47, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1034.

139. On en trouvera d'autres exemples dans S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 729.

140. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, pp. 172 et s.

141. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, p. 185.

de l'obligation »(section 4), que les travaux préparatoires définissent, d'ailleurs, comme l'« effet juste et ultérieur »¹⁴² des obligations.

Bref, il manque, en matière contractuelle, une disposition analogue à l'article 1382 qui, dans des termes généraux et sans aucune précision quant au mode de réparation, obligerait le créancier à « réparer » le dommage. Faut-il, pour ce simple argument de texte, près de deux siècles après la promulgation du Code civil, bannir la réparation en nature du domaine contractuel ?

Tout est ici affaire d'interprétation. Pour notre part, nous estimons qu'une telle exclusion serait peu justifiée. Le droit de la responsabilité civile s'est, au fil du temps, enrichi de considérables apports jurisprudentiels, tant dans l'ordre aquilien que dans le domaine contractuel¹⁴³. C'est dans ce contexte jurisprudentiel qu'il faut replacer la réparation en nature. Comme l'a excellemment démontré J. H. Robert, la réparation en nature en matière aquilienne est une sanction prétorienne qui a pu trouver refuge derrière la formulation, très générale mais fortuite, de l'article 1382¹⁴⁴. Il devient, dès lors, difficile de rejeter la réparation en nature du dommage contractuel, sous le seul prétexte qu'en l'absence d'un texte de loi, l'admission de ce mode de réparation reviendrait à investir la jurisprudence d'un pouvoir créateur. Par analogie avec la responsabilité extracontractuelle dont elle tend à se rapprocher et partant de l'idée que les mêmes causes doivent logiquement produire les mêmes effets, il n'est pas déraisonnable de soutenir que le préjudice causé par une faute contractuelle doit pouvoir être réparé en nature aussi bien que sous la forme de dommages et intérêts.

Sous-section 3 : Les intérêts pratiques de la distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature

31. Les conditions de fond. — Comme le souligne J. Van Ryn, « en exigeant du demandeur qu'il établisse le fondement de sa demande, la loi l'oblige à prouver que toutes les conditions auxquelles est subordonné l'exercice du droit qu'il invoque sont réunies »¹⁴⁵.

Ces conditions diffèrent selon que c'est l'exécution directe de l'obligation contractuelle ou, au contraire, la réparation en nature du dommage qui est postulée.

Si le créancier entend obtenir l'indemnisation en nature de son préjudice, il doit administrer la preuve des diverses conditions de la responsabilité contractuelle. Tout comme lorsqu'il assigne son cocontractant en paiement de dommages et intérêts, il lui incombe, dès lors, d'établir que le préjudice dont il souhaite être indemnisé a été causé par une faute de son débiteur : la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal sont les conditions nécessaires au succès d'une telle action¹⁴⁶. Bien entendu, sa tâche probatoire sera grandement facilitée, si l'obligation inexécutée est de résultat, puisqu'il

142. FENET, *op. cit.*, t. 13, 1968, p. 420.

143. Il suffit de songer au sort de l'article 1384, alinéa 1, ou encore à l'interprétation que reçoivent en droit belge les articles 1150 et 1151.

144. J. H. ROBERT, *Les sanctions prétorienes en droit privé français*, thèse, Paris, II, 1972, p. 387.

145. J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 32, n° 26.

146. Aucune mise en demeure n'est, en revanche, requise, puisque, par hypothèse, l'inexécution de l'obligation contractuelle est irrémédiablement consommée.

pourra alors bénéficier d'une présomption de faute et d'une présomption de lien causal¹⁴⁷.

En revanche, si le créancier réclame l'exécution en nature de l'obligation contractuelle, il lui suffit, conformément à l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil, d'établir l'existence de cette obligation¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. Point n'est alors besoin au créancier d'administrer la preuve des diverses conditions de la responsabilité contractuelle. P. Wigny exprime cette idée en termes remarquables : « Pendant tout un laps de temps, seule l'exécution directe — soit volontaire, soit forcée — du contrat peut être envisagée; on ne recherche pas si le débiteur est ou n'est pas responsable. Mais il arrive un moment où la prestation en nature est écartée. C'est alors que le problème de la responsabilité se présente »¹⁵⁰.

Par conséquent, le créancier n'a pas à rapporter la preuve d'une faute de son cocontractant. B. Starck est, à notre connaissance, un des rares auteurs qui insistent sur ce point. « *L'idée de faute ne rentre nullement en ligne de compte*, écrit-il, toutes les fois que l'on fait jouer cette (...) sanction qu'est l'*exécution directe forcée du contrat*. L'exécution forcée, qui est la sanction la plus adéquate de l'obligation, n'est que la traduction dans la réalité pratique de ce concept juridique abstrait : le *vinculum iuris*. Son seul fondement est la promesse. »¹⁵¹. Le vendeur ne livre pas les marchandises dues; l'entrepreneur ne termine pas les travaux promis; *etc.* Peu importe, dans ces hypothèses, que l'inexécution du débiteur procède d'une intention dolosive, d'une simple négligence ou d'un cas de force majeure temporaire¹⁵² : l'exécution en nature étant encore possible, le débiteur peut, en tout état de cause, se voir enjoindre d'honorer son engagement¹⁵³. On pourrait être tenté de nous rétorquer que le débiteur est bien en faute puisqu'il ne s'exécute pas, alors qu'il le pourrait. A la réflexion, une telle objection nous paraît devoir être écartée. En effet, comme l'observe à nouveau B. Starck, « parler en ce cas de faute, c'est compliquer inutilement les choses, c'est prouver la faute grâce à une formule qui à aucun moment ne fait état de l'homme mais uniquement de la dette. »¹⁵⁴. Nous ne dissimulerons cependant pas que la distinction entre exécution en nature et réparation en nature ne doit pas être trop tranchée sur ce point. Pour rapporter la preuve de l'engagement contractuel de son débiteur, il est, en effet, parfois nécessaire pour le

147. Cass. fr., 16 févr. 1988, *Bull. Civ.*, 1988, I, p. 27.

148. J. VAN RYN, *op. cit.*, 1932, p. 33, n° 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, « La charge de la preuve » in *La preuve* (colloque organisé les 12 et 13 mars 1987), U.C.L., p. 30. Le créancier aura dû également mettre son débiteur en demeure. Cette exigence est toutefois plus théorique que pratique, puisque l'assignation en justice vaut mise en demeure (Cass., 17 oct. 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 143; Cass., 24 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1050).

149. Ce n'est d'ailleurs que l'application du vieil adage latin « *Pacta sunt servanda* » (B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préface M. PICARD, thèse, Paris, 1947, p. 275 et s.).

150. P. WIGNY, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 27. Voy. aussi P. WIGNY, « La force majeure », *J.T.*, 1946, p. 377; G. VINEY, *op. cit.*, 1988, p. 65, n° 46.

151. B. STARCK, *op. cit.*, 1947, p. 284. En 1972, le même auteur est encore plus catégorique : « Si le créancier qui se heurte à l'inexécution décide d'utiliser les voies de contrainte directe (exécution en nature...), nul n'a jamais soutenu qu'il doit, au préalable, établir la faute du débiteur » (*op. cit.*, 1972, p. 612).

152. Pour une intéressante illustration, voy. Rouen, 26.6.1871, *D.*, 1871, II, p. 177, notes 1 et 2.

153. Autre sera évidemment la question de savoir si ce débiteur ne sera pas, en outre, condamné au paiement de dommages-intérêts moratoires. A ce sujet, l'origine de la défaillance du débiteur sera déterminante.

154. B. STARCK, *op. cit.*, 1947, p. 314 (c'est l'auteur qui souligne).

créancier d'établir qu'il a bien commis une faute. L'exemple des réparations qui incombent au locataire en vertu de l'article 1728, 1^o, du Code civil est, à cet égard, éloquent : dans cette hypothèse, il appartient au bailleur, qui, au titre de l'exécution en nature des obligations contractuelles, souhaite obtenir du preneur la réparation des dégâts locatifs, d'établir que celui-ci n'a pas usé de la chose « en bon père de famille ».

La distinction entre la réparation en nature et l'exécution directe de l'obligation contractuelle se marque sur un second point : le créancier qui entend obtenir la condamnation du débiteur *ad ipsam rem* ne doit pas démontrer que le manquement à l'obligation contractuelle lui a causé ou pourrait lui causer un préjudice¹⁵⁵. Il existe, en France, une importante jurisprudence relative aux démolitions ordonnées sur la base de l'article 1143 qui confirme ce point¹⁵⁶. Sans doute, le créancier doit-il avoir un intérêt à agir; il s'agit toutefois là d'un tout autre ordre d'idées. Il faut en effet se garder de confondre cette exigence de recevabilité, qui est commune à toute action en justice, avec cette condition de fond de la responsabilité contractuelle que constitue la nécessité d'un dommage¹⁵⁷.

32. Les pouvoirs du juge. — Selon la doctrine française, les pouvoirs du juge sont autrement plus larges lorsque le créancier lui demande la réparation en nature que lorsqu'il est saisi d'une action en exécution directe de l'obligation contractuelle. Comme nous l'avons vu (*supra*, n^o 7), il y a primauté de l'exécution en nature, en sorte que le juge doit, en principe, l'ordonner si le créancier la réclame. En revanche, c'est une plus grande marge de manoeuvre qui est reconnue au juge du fond, lorsque la réparation en nature est au coeur des débats. Comme l'écrit M.-E. Roujou de Boubée, « L'article 1134 n'a plus intervenir »¹⁵⁸. Il ne s'agit plus de faire respecter la volonté des parties contractantes, puisque l'obligation originaire s'est éteinte à la suite de la faute du débiteur, mais de réparer le préjudice causé par cette faute. Or, poursuit-on, le législateur qui a investi les tribunaux de la mission d'assurer la réparation des préjudices s'est abstenu de donner la préférence à un mode de réparation déterminé. C'est donc souverainement qu'ils choisissent le mode d'indemnisation qui leur paraît le mieux approprié au dommage dont ils sont saisis¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

Le droit belge s'est engagé dans une voie différente.

La doctrine et la jurisprudence dominantes y partent, en effet, de l'idée que l'obligation de réparer le dommage doit, comme n'importe quelle autre obligation, être exécutée en nature, de sorte qu'il y a primauté de la réparation en nature sur la réparation

155. G. VINEY, *op. cit.*, 1988, p. 65; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, t. 1, 1992, p. 107; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 163-164. Voy. not. Comm. Bruxelles, 31 août 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 961.

156. Voy. la jurisprudence citée par G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité : effets in* *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 67, note 19.

157. Liège, 20 juin 1906, *J.L.*, 1906, p. 209; Comm. Bruxelles, 31.8.1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 961.

158. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.*, 1974, p. 161.

159. A. EL KHOLY, *La réparation en nature en droit français et en droit égyptien*, thèse, Paris, 1954, p. 166; J.H. ROBERT, *op. cit.*, 1972, p. 403; Y. CHARTIER, *op. cit.*, 1983, p. 486 (à propos de ce qu'il appelle la « réparation en nature facultative »).

160. On trouve une consécration remarquable de ce principe dans l'arrêt *Courage de la Cour de cassation française* : « En dehors de l'hypothèse où l'exécution en nature, lorsqu'elle est possible, est offerte par le responsable ou demandée par la victime, les juges déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage » (Cass. fr., 28 févr. 1969, *Bull. civ.*, 1969, III, p. 139. C'est nous qui soulignons dans le texte.).

pécuniaire¹⁶¹. Si, à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point en matière contractuelle, elle a, en revanche, rendu plusieurs arrêts qui proclament le primat de la réparation *in natura* en matière aquilienne¹⁶²; elle y précise, conformément au droit commun des obligations, que cette primauté cède en présence d'une impossibilité de l'obtenir ou d'un abus de droit. On peut, par ailleurs, observer que plusieurs décisions récentes de juges du fond déclarent que la réparation en nature constitue, en matière contractuelle, un droit tant pour le créancier que pour le débiteur¹⁶³.

A l'analyse, toutes ces décisions ne sont cependant pas pertinentes.

Si certaines des décisions rendues en matière extracontractuelle ont effectivement trait à la réparation en nature d'un préjudice¹⁶⁴, d'autres ont, par contre, ordonné, sous le couvert de la réparation en nature, des mesures de « réparation-rétablissement » : le demandeur y réclamait la suppression d'une situation illicite dommageable¹⁶⁵, mesure qui, comme l'a démontré M.-E. Roujou de Boubée, est essentiellement différente de l'indemnisation du préjudice subi¹⁶⁶. Il convient également d'écarter plusieurs décisions rendues en matière contractuelle dont l'examen des faits révèle que c'est l'exécution en nature de l'obligation contractuelle qui était au centre de la discussion¹⁶⁷.

-
161. F.D., note sous Cass., 24 févr. 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 794. Une partie de la doctrine belge est toutefois d'avis que le juge du fond apprécie souverainement quel est le mode de réparation le plus adéquat (R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, 2^e éd., t. 2, Bruxelles, Bruylant et Anvers, Bruxelles, Gand, Louvain, Courtrai, Standaard-Boekhandel, 1971, p. 159, n^o 284).
162. Cass., 30 janv. 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, note J. DABIN; Cass., 10 sept. 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE; Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, note F. DELPÉRÉE.
163. Voy. les réf. citées *supra* en note 132.
164. C'était notamment le cas de Liège, 7 mai 1969, *R.G.A.R.*, 1969, n^o 8322, obs. et de Comm. Courtrai, 5 nov. 1949, *R.W.*, 1950-51, col. 726 (remise d'objets équivalents à ceux qui ont disparu par la faute du défendeur).
165. Annulation d'une vente conclue par le débiteur d'une clause de préférence avec un tiers complice (Cass., 30 janv. 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, note J. DABIN); démolition d'un bâtiment édifié par le défendeur sur le terrain du demandeur (Cass., 10 sept. 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28, note W.G.).
166. *Op. cit.*, 1974. A la suite de cet auteur, voy. Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982, p. 329 et s.; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, 1988, pp. 735-736; G. VINEY, *op. cit.*, 1988, p. 70 et s.; P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 429 et s.
167. La Cour d'appel de Bruxelles affirme ainsi qu'« en remettant les choses en l'état, la banque a réparé en nature la faute qu'elle avait commise; que la réparation en nature de l'inexécution d'une obligation contractuelle est de règle » et que « cette règle s'impose tant au créancier qu'au débiteur » (Bruxelles, 20 janv. 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 865). Quant à la Cour d'appel de Mons, elle a fait droit à la demande d'un concessionnaire en condamnant le concédant qui avait rompu, de manière intempestive, une convention tacite d'approvisionnement à reprendre les relations commerciales entre parties : « la victime a toujours le droit de réclamer réparation en nature et (...), par voie de conséquence, le juge du fond a le pouvoir et le devoir de l'accorder lorsqu'elle lui est demandée ». « Au point où en sont les choses », ajoute la Cour, « si l'on considère le temps très long qui s'est écoulé depuis le début de la procédure, et l'état d'esprit qui anime les parties on est en droit de se montrer sceptique sur l'utilité à moyen terme d'une reprise des relations commerciales entre les parties; (...) l'on doit cependant ordonner celle-ci à titre de sanction de la faute commise... » (Mons, 19 déc. 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 693, note G.L. BALLON).

Même en faisant abstraction de ces décisions, il n'en reste pas moins qu'une partie de la jurisprudence admet, sans aucun doute possible, la primauté de la véritable réparation en nature sur les dommages et intérêts. Ce mode de réparation est donc un droit pour le créancier. Le juge n'est, ceci dit, pas tenu d'accéder systématiquement à la demande de réparation en nature que lui adresse la victime de l'inexécution. Indépendamment des hypothèses où une telle indemnisation s'avère impossible, le tribunal peut, en effet, rejeter cette demande si elle lui paraît abusive; il y substituera alors une condamnation à des dommages et intérêts ou, éventuellement, une autre forme de réparation non pécuniaire¹⁶⁸. De manière symétrique, il faut également reconnaître au débiteur le droit de pouvoir réparer en nature le préjudice qu'il a causé¹⁶⁹, avec pour corollaire qu'il peut imposer ce mode de réparation à son cocontractant qui entendrait se satisfaire de dommages et intérêts. Il appartiendra évidemment au tribunal de s'assurer que cette offre répare adéquatement le dommage et qu'elle ne risque pas de porter préjudice aux intérêts du créancier.

SECTION 3

LE REMPLACEMENT JUDICIAIRE

33. Introduction. — La relecture des articles 1142 à 1144 a mis en relief toute l'importance que revêtait, aux yeux des rédacteurs du Code civil, le remplacement judiciaire¹⁷⁰. Il convient donc de s'y attarder quelque peu, d'autant plus que ce mécanisme, peu étudié en doctrine, est encore peu connu des praticiens (sous-section 1). D'importantes métamorphoses ont d'ailleurs modifié en profondeur le remplacement judiciaire, qui en accroissent sensiblement l'intérêt pratique (sous-section 2).

Sous-section 1 : La physionomie primitive du remplacement

34. Une voie d'exécution. — La nature juridique du remplacement judiciaire divise, depuis longtemps, les auteurs. Certains y voient une sanction intimement liée à la résolution judiciaire des contrats¹⁷¹; d'autres y discernent un mode particulier de fixation des dommages et intérêts¹⁷²; d'autres encore, une forme de réparation en nature du

168. A ce propos, voy. P. WÉRY, « La réparation en nature en matière contractuelle », note sous Civ. Liège (réf.), 6 juin 1995, *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1996/1, pp. 50 et 51; J.P. Jumet, 11 sept. 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 458.

169. Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 462.

170. Pour une étude du remplacement, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 255 à 362.

171. Voy. ainsi A. EL KHOLY, *op. cit.*, 1954, p. 62; K. VER BERNE, obs. sous Comm. Gand (réf.), 15 avril 1980, *Entr. dr.*, 1981, p. 12.

172. Les dommages et intérêts sont fixés *a posteriori* et non pas *a priori* : voy. not. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV livre III du Code civil*, t. 1, 1862, p. 212.

dommage en matière contractuelle¹⁷³; une quatrième tendance le définit comme un mode d'exécution en nature de l'obligation contractuelle¹⁷⁴.

La relecture des articles 1142 à 1144 nous amène à adhérer à cette dernière analyse et, de manière plus précise, à discerner, dans le remplacement judiciaire, une *voie d'exécution de la condamnation du débiteur à l'exécution en nature d'une obligation non pécuniaire*. Il offre ainsi une solution élégante à l'inexécution du débiteur. D'une part, il permet de donner satisfaction au créancier, qui obtient, en définitive, le résultat escompté; d'autre part, il évite de devoir mettre la personne du débiteur à contribution, puisque, pour ce dernier, tout se solde par une obligation pécuniaire (payer les dépens) et par une obligation de « laisser faire » son remplaçant (voy. *supra*, n° 17).

Sans doute est-il rare que la doctrine civiliste présente les articles 1143 et 1144 comme des voies d'exécution forcée en nature¹⁷⁵. Notre analyse de ces textes n'est cependant pas révolutionnaire.

Outre les nombreuses décisions de jurisprudence qui épousent cette analyse du remplacement judiciaire¹⁷⁶, on peut invoquer plusieurs passages des traités de Pothier, où l'autorisation conférée au créancier de remplacer le débiteur apparaît comme la voie permettant de vaincre sa désobéissance à la condamnation *ad ipsam rem*¹⁷⁷. C'est, au demeurant, dans les mêmes termes que bon nombre de processualistes présentent le remplacement judiciaire¹⁷⁸. Après avoir rappelé que l'exécution forcée ne peut se réduire aux seules saisies-exécutions, le Commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, Ch. Van Reepinghen, insiste ainsi sur ce qu'il ne faut pas exclure « les applications que comportent les obligations de donner ou de faire dont le créancier peut en certains cas assurer l'accomplissement » et que le créancier peut, « lorsque la prestation est susceptible d'une réalisation effective autrement que de la main du débiteur, faire exécuter l'obligation par un tiers comme il est dit à l'article 1144 du Code civil »¹⁷⁹. Enfin, si

173. Voy., par exemple, A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, 1975, pp. 480-481.

174. C'est l'opinion de la Cour de cassation (Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80 : le remplacement institue non pas « une condamnation à des dommages-intérêts, mais seulement l'exécution de l'obligation librement consentie par le (débiteur) ». Voy. aussi, E. MEYNIAL, *op. cit.*, *Rev. Prat. Dr. Fr.*, 1884, pp. 415-416; E. MASSIN, *op. cit.*, 1893, p. 332; D. TALLON, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, p. 603.

175. En ce sens néanmoins, voy. M. COIPEL, *op. cit.*, 1996, p. 35, n° 310.

176. Voy. *supra* la note 70.

177. Voy., parmi beaucoup d'autres, ce passage qui est à l'origine de l'article 1143 : « Si ce qu'il s'était obligé de ne pas faire, et qu'il a fait au préjudice de son obligation, est quelque chose qui puisse se détruire, le créancier peut aussi conclure contre son débiteur à la destruction. Par exemple, si mon voisin s'est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue, pour m'y laisser le passage libre, et, qu'au préjudice de cette obligation, il l'ait fermée par une barrière, ou par un fossé, je puis faire ordonner qu'il sera tenu de retirer sa barrière, ou de combler son fossé, et que, faute par lui de le faire dans un certain temps, je serai autorisé à faire à ses dépens combler le fossé ou enlever la barrière » (POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, p. 41, n° 158).

178. Voy. not. *Pand. belges*, t. 39, v° « Exécution des jugements, etc. (Matière civile) », 1891, col. 200, n° 16; E. GUTT et A. STRANART-THILLY, « Examen de jurisprudence (1965 à 1970). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1974, p. 671, n° 135.

179. Ch. VAN REEPINGHEN, Rapport sur la Réforme judiciaire, *Pasin.*, 1964, (supplément Code judiciaire), p. 516.

l'on jette un coup d'oeil sur quelques législations étrangères, on s'aperçoit que c'est également la fonction qu'elles assignent à cette institution¹⁸⁰.

35. Une voie d'exécution singulière. — Bien que le remplacement judiciaire soit une voie d'exécution, ou, si l'on préfère, un procédé d'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle, on ne peut nier qu'elle présente quelques particularités qui la distinguent d'autres voies d'exécution.

Tout d'abord, il est interdit au juge, sous peine d'encourir le reproche de statuer *ultra petita*, d'accorder d'office l'autorisation de remplacement : il faut une demande du créancier en ce sens. Tout autre est la situation en matière de saisies-exécutions. Le juge qui condamne le débiteur au paiement d'une somme d'argent n'a évidemment pas à préciser qu'à défaut d'exécution volontaire, le créancier sera autorisé à pratiquer une saisie-exécution : celle-ci est de droit.

Ensuite, la chose est plus remarquable à noter, la mise en oeuvre de l'autorisation accordant le remplacement pourra souvent se réaliser sans l'intervention d'un intermédiaire spécialisé¹⁸¹ et de la force publique. Dans la plupart des cas, en effet, c'est le créancier lui-même qui a la maîtrise de l'exécution de la condamnation : c'est lui qui choisira l'entrepreneur qui sera chargé d'achever les travaux inexécutés¹⁸²; c'est lui qui passera commande, auprès d'un autre fournisseur, des marchandises qui ne lui ont pas été livrées par son vendeur¹⁸³; parfois même, c'est le créancier en personne qui effectuera la prestation en souffrance, sans faire appel à qui que ce soit¹⁸⁴.

Cette seconde particularité du remplacement judiciaire doit cependant être quelque peu nuancée.

Il est, tout d'abord, évident que, bien que nanti d'une autorisation de justice, le créancier ne peut agir à sa guise. Le juge ne lui accorde, en effet, nullement un chèque en blanc. Il est loisible au débiteur de contester le montant des dépens, si ceux-ci sont excessifs ou sont afférents à des prestations qui sortent des limites de l'autorisation¹⁸⁵.

Ensuite, il n'est pas rare que le juge se réserve un droit de regard sur le déroulement des opérations de remplacement, en commettant, le cas échéant d'office, un technicien qu'il investit de la mission de les « suivre » et de faire rapport au tribunal sur les difficultés d'exécution¹⁸⁶.

Enfin, il existe certaines hypothèses de remplacement judiciaire pour lesquelles l'intervention d'un huissier de justice et de la force publique sera inévitable. Il suffit de songer aux cas où il est nécessaire de s'en prendre aux biens du débiteur, de pénétrer

180. Voy. les références aux droits brésilien, italien, luxembourgeois ou encore suisse citées dans notre ouvrage *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 114-115.

181. Alors que les saisies nécessitent le recours à des agents d'exécution spécialisés, tels que les huissiers de justice ou les notaires (G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, p. 61).

182. Voy., par ex., Comm. Bruxelles, 7 janv. 1960, *Jur. Comm. Brux.*, 1960, p. 189.

183. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

184. Voy. not. Cass., 12 sept. 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 45; Bruxelles, 17 janv. 1951, *Rev. prat. not.*, 1951, p. 236; Civ. Gand, 20 janv. 1892, *P.P.*, 1892, p. 283.

185. Voy. sur ce point P. WÉRY, « Les dépens du remplacement judiciaire », note sous Civ. Liège (ch. sais.), 25 août et 25 oct. 1993, *Act. dr.*, 1994, p. 693 et s.

186. A ce propos, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 355-356. Voy. not. Civ. Neufchâteau, 26 oct. 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 56, note P. WÉRY.

dans sa propriété, par exemple pour y détruire une construction irrégulière¹⁸⁷, ou encore d'écarter sa personne, car il ne respecte pas son obligation de « laisser faire » le remplaçant (voy. *supra*, n° 17).

36. Un droit pour le créancier. — Influencées par la jurisprudence française¹⁸⁸, la doctrine et la jurisprudence belges ont longtemps considéré que les articles 1143 et 1144 étaient d'application simplement facultative pour le juge¹⁸⁹. On voyait, dans les verbes « peut » et « autorise » qui figurent dans la loi, l'indice d'un tel pouvoir souverain d'appréciation; on ajoutait parfois que ces textes se présentent grammaticalement comme des exceptions à l'article 1142 (*cfr.* « Néanmoins »; « aussi »).

Cette thèse que consacre un vieil arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1874^{190a} été abandonnée par la Cour dans un important arrêt du 6 mars 1919¹⁹¹. Un arrêt du 14 avril 1994 confirme cette nouvelle jurisprudence¹⁹².

Ce revirement doit être approuvé. Il est en parfaite conformité avec le principe de l'exécution en nature et celui de la convention-loi : puisque le remplacement judiciaire permet au créancier d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle, le juge doit lui octroyer l'autorisation nécessaire à cette fin¹⁹³. Au demeurant, il est inexact, dans la relecture que nous préconisons, de voir dans les articles 1143 et 1144 des textes exceptionnels par rapport à la disposition qui les précède : selon nous, le législateur se contente de dire que s'il est toujours (d'où le « toute obligation de faire ou de ne pas faire ») permis au créancier, en cas d'inexécution de la condamnation *ad ipsam rem*, de réclamer des dommages et intérêts à titre subsidiaire (art. 1142), il lui est également

187. E. GARSONNET, *op. cit.*, t. 3, 1888, p. 449; *Pand. belges*, v° « Exécution des jugements, etc. (Matière civile) », t. 39, 1891, col. 200, n° 17.

188. Voy. not. Cass. fr. (civ.), 20 déc. 1820, S., 1821, I, p. 428, S., 1819-1821, p. 349; Cass. fr. (civ.), 19 mars 1855, S., 1855, I, col. 648, D., 1855, I, p. 297; Cass. fr. (req.), 18 juin 1883, D., 1884, V, col. 353; Cass. fr. (req.), 18 févr. 1903, D., 1903, I, p. 487, J.T., 1904, col. 305, n° 490; Cass. fr. (civ.), 2 févr. 1904, D., 1904, I, p. 271 (notes 2 et 3), V, col. 443, n° 16; Cass. fr. (req.), 31 oct. 1906, D., 1907, I, p. 135; Cass. fr. (req.), 23 mars 1909, D., 1910, I, p. 343; Cass. fr. (civ.), 25 juill. 1922, D., 1922, I, p. 154, S., 1923, I, p. 111 (note).

189. G. BELTJENS, *op. cit.*, t. 3, 1905, pp. 524-525, n° 3 (mais comp. avec n° 3bis); P. WIGNY, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 40; *R.P.D.B.*, t. 9, v° « Obligations », 1951, p. 119, n°s 727 et 730; H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 1967, p. 127, n° 96 et note 1; R. DEKKERS, *op. cit.*, t. II, 1971, p. 195 et note 2 (à propos de l'art. 1144 C. civ.); P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 687, n° 105; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, 1977, p. 240. Voy. aussi Bruxelles, 26 avril 1875, *Pas.*, 1875, II, p. 282; Bruxelles, 17 janv. 1951, *Rev. prat. not.*, 1951, p. 236; J.P. Hollogne-aux-Pierres, 30 juin 1920, *J.L.*, 1920, p. 208.

190. Cass., 2 juill. 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 244 et les conclusions de l'Avocat général MESDACH de ter KIELE.

191. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

192. Cass., 14 avril 1994, *Act. dr.*, 1996, p. 23, avec la note P. WÉRY, « Le principe de l'exécution en nature et son application à l'article 1144 du Code civil ».

193. En ce sens, voy. not. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 12, 1868, pp. 182-183; F. LAURENT, *op. cit.*, t. 16, 1875, pp. 259-260, n° 199; E. GARSONNET, *op. cit.*, t. 3, 1888, p. 447, note 6; T. HUC, *op. cit.*, t. 7, 1894, pp. 195-196, n° 138; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.*, t. 1, 1897, pp. 393-394, n° 436; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, t. 7, 1954, pp. 93-94, n° 783 (mais en termes nuancés).

loisible (d'où : « le créancier *peut* être autorisé ») d'opter, lorsque cela s'avère possible, pour l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144).

Ce droit du créancier n'est cependant pas absolu.

Le juge lui refusera évidemment l'autorisation qu'il réclame, s'il apparaît que l'obligation en souffrance est personnelle au débiteur : le remplacement est alors impossible (voy. *supra*, n° 20). L'autorisation lui sera également refusée, si sa demande est entachée d'abus de droit¹⁹⁴. Par ailleurs, le juge peut, tout en décernant au créancier l'habilitation qu'il réclame, désigner un expert qui sera chargé de suivre attentivement l'exécution de la décision judiciaire et de faire rapport au juge sur les éventuelles difficultés que cette exécution susciterait (voy. *supra*, n° 35).

Sous-section 2 : Les métamorphoses du remplacement judiciaire

37. Une double modification. — Tel que les auteurs du Code civil l'ont conçu, le remplacement accuse deux faiblesses, qui en limitent sérieusement l'intérêt pour les praticiens. D'une part, il est des hypothèses où l'autorisation de remplacement devrait pouvoir être consentie au créancier *de plano*, sans qu'une ultime chance soit laissée au débiteur pour encore s'exécuter personnellement (A). D'autre part, le principe d'une autorisation judiciaire préalable se concilie malaisément avec les nécessités de la pratique, qui exigent parfois une réaction rapide à la défaillance du débiteur (B).

A. LE REMPLACEMENT JUDICIAIRE À TITRE PRINCIPAL

38. La lacune légale. — Dans la conception qu'ils se font du remplacement, les rédacteurs du Code civil partent de l'hypothèse que le débiteur peut encore s'exécuter personnellement et que cette exécution répond toujours aux attentes de son créancier. C'est donc de son cocontractant que le créancier attend, avant tout, l'exécution en nature, et ce n'est que pour parer à l'éventualité où le débiteur condamné ne tiendrait pas ses engagements que le législateur lui permet de solliciter du juge l'autorisation de remplacement.

Qu'advient-il toutefois dans le cas où, avant même de l'assigner en justice, le créancier est, d'ores et déjà, convaincu que le débiteur ne s'exécutera pas ou qu'il ne pourra s'acquitter de son obligation de manière satisfaisante? Dans une telle occurrence, la condamnation du débiteur à s'exécuter en nature n'a évidemment aucun sens. Va-t-on, au nom d'une définition étroite du remplacement, refuser au créancier l'autorisation des articles 1143 et 1144 et le forcer à se contenter de dommages et intérêts ?

39. Le remplacement admis à titre principal. — A juste titre, certains auteurs permettent au créancier de postuler ce que nous avons appelé un remplacement à titre principal¹⁹⁵. P. Van Ommeslaghe écrit ainsi : « en raison de l'ampleur des défaillances du débiteur, de son incompétence manifeste, de sa mauvaise foi, ou encore de l'impossibilité certaine où le débiteur se trouverait d'exécuter l'obligation (par exemple par suite de sa faillite), le créancier peut solliciter du tribunal l'autorisation de faire poursuivre l'exécution de l'obligation en nature par un tiers, bien entendu aux frais du

194. Sur cette hypothèse, voy. notre ouvrage *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 340 et 341.

195. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 248 à 251.

débiteur »¹⁹⁶. On a souvent recours à cette formule en pratique, lorsque l'entrepreneur vient à abandonner, sans motif valable, le chantier de construction¹⁹⁷.

Il faut toutefois veiller à ce que le débiteur ne soit pas évincé trop facilement de l'exécution de son contrat. Dès lors, si, d'aventure, il vient à formuler, même en cours d'instance, une offre d'exécution en nature et que celle-ci soit jugée satisfaisante par le juge, la préférence devra aller à cette forme d'exécution en nature¹⁹⁸. Le tribunal fera oeuvre utile en combinant les conclusions des parties : après avoir donné acte au débiteur de son offre et, selon la formule consacrée, l'y avoir condamné pour autant que de besoin, le juge pourra ajouter qu'en cas d'inexécution au terme d'un certain délai, le créancier sera autorisé à faire réaliser la prestation aux dépens de son cocontractant¹⁹⁹.

B. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'AUTORISATION JUDICIAIRE PRÉALABLE

40. La lourdeur du remplacement judiciaire. — A l'image de la résolution des contrats synallagmatiques, le remplacement judiciaire souffre d'une grande faiblesse : celle d'être précisément une sanction judiciaire. Des mois voire des années peuvent s'écouler avant que le tribunal décerne l'autorisation nécessaire, alors que, souvent, la défaillance du débiteur nécessiterait une réplique, sinon immédiate, du moins très rapide.

Comme l'observait, déjà, R. Demogue en 1911, « A l'idée de sécurité se rattache, non seulement la stabilité du droit, mais la rapidité des procédures. Un droit retardé dans son application est déjà un droit blessé »²⁰⁰. C'est par diverses voies que le droit belge tente de rencontrer cet objectif.

41. Le recours au juge des référés. — En soumettant au juge des référés le différend qui l'oppose à son débiteur, le créancier pourra obtenir, dans un laps de temps bien plus bref que celui inhérent à une procédure au fond, l'autorisation préalable à son remplacement. A l'heure actuelle, il est, en effet, admis que le référé-provision ne se borne pas à l'exécution des obligations de somme, mais qu'il concerne aussi l'exécution en nature des obligations non pécuniaires²⁰¹. En 1833, Duranton insistait, d'ailleurs, déjà sur les services que peut rendre cette procédure au créancier qui souhaite remplacer son débiteur²⁰². Selon Y. Chartier, si les recueils de jurisprudence française fournissent

196. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen », *R.C.J.B.*, 1975, p. 605. Voy. aussi M. COIPEL, *op. cit.*, 1996, p. 36, n° 310; Civ. Liège, réf., 19 février 1985, *J.L.*, 1985, p. 205, spéc. p.207 (motifs).

197. C. ATIAS et J. DEBEAURAIN, « L'abandon du chantier de construction », *D. S.*, 1990, chron. L, p. 291 et s.

198. Civ. Neufchâteau, 26 oct. 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 56, note P. WÉRY.

199. Civ. Furnes, 3 juill. 1909, *Pas.*, 1910, III, p. 49 et, semble-t-il aussi, Civ. Bruxelles, 5 avril 1988, *Pas.*, 1988, III, p. 93.

200. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Rousseau, 1911, p. 66.

201. Voy. les exemples cités par J.-H. HERBOTS et C. PAUWELS, « Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten », *T.P.R.*, 1989, pp. 1143-1144.

202. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 6, Bruxelles-Mons, 1833, p. 165.

si peu d'exemples de remplacement unilatéral (voy. *infra*, n° 43 et s.), il ne faut pas en chercher l'explication ailleurs que dans le recours fréquent à la procédure du référé²⁰³.

Contrairement à la doctrine française, les auteurs belges n'insistent guère sur les potentialités de cette procédure d'urgence en matière de remplacement judiciaire. A leur décharge, il est vrai que le recours à la juridiction présidentielle ne constitue pas la panacée. Le président du tribunal ne peut accéder à la demande que si le droit allégué est évident ou ne lui paraît pas sérieusement contestable; on ne perdra, par ailleurs, pas de vue que le juge des référés ne peut statuer qu'au provisoire, de sorte que le juge du fond pourrait toujours remettre en cause le dispositif de son ordonnance; enfin, il est, en pratique, des hypothèses où l'urgence est à ce point pressante que le référé judiciaire n'est d'aucun secours au créancier.

42. Les clauses de remplacement du débiteur défaillant. — Pour l'essentiel, les articles 1143 et 1144 n'intéressent pas l'ordre public; ce ne sont pas davantage des dispositions impératives. Les parties au contrat peuvent, dès lors, y déroger librement²⁰⁴. Fort de cette clause, le créancier peut, de plein droit, faire appel aux services d'un tiers (ou, parfois, exécuter lui-même la prestation) et réclamer ensuite à son débiteur le paiement des frais de son remplacement.

Dans cette perspective, il n'est pas rare de trouver dans des contrats d'entreprise ou de sous-traitance immobilière une clause de « mesures d'office », qui autorise le créancier à faire effectuer les travaux en souffrance aux dépens de son contractant, sans avoir à solliciter l'autorisation préalable de la Justice. Même si elle y est, en pratique, moins fréquente, une telle clause pourrait se rencontrer dans d'autres conventions (bail; vente de marchandises; entreprise mobilière; etc.).

Si le créancier réalise de la sorte une appréciable économie de temps, l'utilité de cette clause ne doit toutefois pas être surestimée. Elle ne met évidemment pas le créancier à l'abri de toute procédure judiciaire. Son débiteur pourrait, par exemple, lui reprocher de ne pas avoir respecté scrupuleusement toutes les conditions auxquelles les parties avaient assujéti la procédure de remplacement (exigence d'une mise en demeure, d'une constatation préalable des manquements, etc.²⁰⁵); de plus, il peut critiquer le montant des frais du remplacement s'ils s'avèrent excessifs ou inopportuns²⁰⁶. Pour recouvrer cette créance de dépens que lui conteste son débiteur, le créancier n'aura évidemment d'autre ressource que de prendre jugement contre lui.

43. La faculté de remplacement unilatéral. — Pour des motifs liés à l'efficacité de la sanction civile, la doctrine et la jurisprudence belges n'ont pas hésité, ces dernières décennies, à s'affranchir davantage du principe de l'autorisation judiciaire préalable²⁰⁷.

203. Y. CHARTIER, note sous Tr. gr. inst. Dunkerque, 3 octobre 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, III, jur., p. 157.

204. R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 6, 1931, pp. 156-157; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 606-607; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 282 à 287 (où l'on expose les nuances et les exceptions à apporter à la licéité de principe de ces clauses).

205. La rédaction de la clause est abandonnée à l'autonomie des parties, conformément au principe de la liberté contractuelle (à ce sujet, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 287 à 292).

206. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 292 et 293.

207. Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 205 et s.; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive »,

Elles admettent, en effet, qu'en raison des nécessités de la pratique, le créancier puisse, même en l'absence d'une clause l'y autorisant, « faire l'économie du recours préalable au juge »²⁰⁸, pour l'application des articles 1143 et 1144. Par identité de motifs, ajoute-t-on, il doit en aller de même pour la résolution des contrats synallagmatiques.

Depuis longtemps déjà, un usage existe, en matière de ventes commerciales, qui autorise l'acheteur à se procurer sur le marché les marchandises promises, et ce aux dépens de son fournisseur défaillant²⁰⁹. Plus récemment, un usage similaire a vu le jour, qui permet de remédier aux défaillances des entrepreneurs et des sous-traitants : sans avoir à solliciter une quelconque autorisation judiciaire, leur créancier peut s'adresser à un autre prestataire de service qui effectuera, à leurs frais, les travaux en souffrance²¹⁰. Nous n'apercevons pas de raison péremptoire qui s'opposerait à la généralisation de la faculté de remplacement unilatéral aux autres contrats²¹¹; c'est ainsi que le locataire pourrait, face à l'inertie de son bailleur qui négligerait d'effectuer des réparations qui lui incombent, en confier la réalisation à un homme de métier et lui demander ensuite le remboursement de la facture.

Sans doute s'agit-il là d'une forme de justice privée. Elle n'a cependant, à notre sens, rien de répréhensible. Comme le rappelle la Cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 21 juin 1983, « le principe nul ne peut se faire justice à soi-même » n'a pas de valeur absolue, (...) il vise surtout à écarter pour se faire justice, l'emploi de violences et de voies de fait »²¹². D'ailleurs, plusieurs auteurs admettaient déjà au siècle passé que le créancier pût, dans certaines hypothèses, se dispenser de l'autorisation judiciaire préalable, sans encourir le moindre reproche²¹³.

44.(suite). Les conditions de la faculté de remplacement. — Tout admettant, de manière très libérale, cette entorse au principe de l'autorisation judiciaire, la doctrine et la jurisprudence belges ont veillé à ne pas laisser la bride sur le cou du créancier. Il ne

R.C.J.B., 1991, p. 31 et s.; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 293 et s., M. COPEL, *op. cit.*, 1996, pp. 30-31, n° 250.

208. Pour reprendre la formule désormais consacrée de P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 606.

209. J.-P. LE GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 265 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 607-608, n° 65bis; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 3, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 537-538, n° 689; M. FONTAINE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 32-33.

210. Voy. notamment : Bruxelles, 10.7.1950, *J.T.*, 1951, p. 9; Gand, 15.12.1971, *Entr. et dr.*, 1973, p. 22, obs. T. DELAHAYE; Bruxelles, 13.3.1978, *J.T.*, 1978, p. 560; Liège, 6.12.1985, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BOURMANNE; Liège, 24.6.1991, *J.T.*, 1991, p. 696; Comm. Bruxelles, 7.4.1977, *Jur. comm. Brux.*, 1977, p. 635; Comm. Bruxelles, 18.10.1977, *Jur. comm. Brux.*, 1978, p. 200; Comm. Bruxelles, 26.6.1979, *Entr. et dr.*, 1980, p. 102; Comm. Verviers, 17.11.1986 et J.P. Verviers, 18.4.1986, *Entr. et dr.*, 1990, p. 210, obs. M.-A. FLAMME; Comm. Hasselt, 21.5.1990, *L.R.L.*, 1990, p. 159.

211. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 318 à 321.

212. *R.C.J.B.*, 1991, p. 11. En ce sens aussi, voy. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, thèse, Paris, 1926, p. 415 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 6, 2^e éd. par P. ESMEIN, 1952, p. 577, n° 428; L. FRANÇOIS, « L'adage Nul ne peut se faire justice à soi-même en général et sous l'angle particulier du droit du travail », *Ann. Dr. Lg.*, 1967, p. 105 et s.; J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1976, n° 81, p. 298.

213. C'est le cas de A. DURANTON, *op. cit.*, t. 6, 1833, p. 165, n° 461 ou encore de F. LAURENT, *op. cit.*, t. 16, 1875, p. 261.

pouvait, en effet, être question d'abandonner le débiteur, fût-il défaillant, à son bon-vouloir. Des conditions ont, dès lors, été fixées, afin de préserver les intérêts légitimes du débiteur²¹⁴. Il est toujours loisible à ce dernier de saisir le juge et de lui demander d'apprécier *a posteriori* si cette faculté a été exercée à bon escient. C'est dire si le créancier qui se remplace unilatéralement agit toujours à ses risques et périls.

- 1) Il va, tout d'abord, de soi que le créancier ne peut se remplacer unilatéralement en toutes circonstances. Seule, l'*urgence* peut légitimer sa décision²¹⁵. Si elle fait défaut, le créancier doit prendre son mal en patience et, conformément aux articles 1143 et 1144, réclamer au tribunal une autorisation de remplacement. Ce n'est, à notre avis, qu'une nouvelle manifestation du pouvoir dérogatoire qui caractérise l'*urgence*; M. Vasseur²¹⁶ et Ph. Jestaz²¹⁷ ont démontré, de manière fort convaincante, que « source d'un droit d'exception »²¹⁸, l'*urgence* a pour fonction de « faire échec aux principes classiques du droit civil, ou du moins à certains d'entre eux »²¹⁹. En l'espèce, l'*urgence* délègue au créancier un véritable « pouvoir d'exécution d'office »²²⁰.
- 2) Avant de se remplacer, le créancier doit procéder à la constatation de l'état des lieux et du manquement du débiteur. Celle-ci, estime-t-on d'ordinaire, doit nécessairement être contradictoire ou judiciaire. Pour des raisons d'efficacité, il faut toutefois également admettre l'établissement par toutes voies de droit, et notamment par constat d'huissier, de ces défaillances²²¹.
- 3) Il importe, par ailleurs, que le créancier mette en demeure²²² son débiteur dans les plus brefs délais, qu'il lui indique avec précision les manquements qu'il lui reproche et qu'il lui laisse un délai raisonnable pour y remédier personnellement. Certains ajoutent que, dans la mise en demeure, le créancier doit avertir son cocontractant de sa volonté de le remplacer au terme du délai qui lui est laissé²²³.
- 4) Le remplacement doit intervenir sans retard, à l'expiration de ce laps de temps²²⁴.

214 Sur ces conditions, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 723 avec les réf.

215. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, pp. 314-317.

216. M. VASSEUR, « Urgence et droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 405 et s.

217. Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1968.

218. M. VASSEUR, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 407.

219. Ph. JESTAZ, *op. cit.*, 1968, p. 14.

220. M. VASSEUR, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 422.

221. Voy. not. M. FONTAINE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 33-34; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 306; Liège, 6 décembre 1986, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BOURMANNE; Civ. Mons, 26 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1537.

222. Sauf, bien sûr, si l'exécution en nature par le débiteur n'est plus satisfaisante pour le créancier.

223. M. FONTAINE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, p. 40.

224. Certains auteurs précisent que le débiteur doit être informé de son remplacement, afin qu'il n'expose pas des frais inutiles pour s'exécuter personnellement (L. SIMONT, J. De GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen », *R.C.J.B.*, 1986, p. 335).

- 5) Enfin, le créancier doit veiller à se remplacer de bonne foi. Il doit, dès lors, choisir le substitut de son débiteur avec soin et s'abstenir de lui faire réaliser des prestations qui sont étrangères à l'obligation de celui-ci.

Sous réserve de l'une ou l'autre nuance, il existe un assez large consensus en doctrine et en jurisprudence belges sur ces diverses conditions d'application du mécanisme. C'est, d'ailleurs, aux mêmes exigences que doit obéir, en droit belge, la résolution unilatérale des contrats synallagmatiques.

L'opinion dominante ajoute à cette liste déjà longue une dernière exigence qui paraît plus discutable. Par identité de motifs avec la résolution unilatérale, on subordonne généralement la licéité du remplacement unilatéral à la preuve d'une faute grave du débiteur. A tort, selon nous. La faculté de remplacement est l'application anticipée, sans intervention du juge, des articles 1143 et 1144 : elle vise seulement à procurer au créancier l'exécution en nature de l'obligation et non pas à résoudre la convention. La gravité du manquement du débiteur est, dès lors, sans importance²²⁵.

45. L'obligation pour le créancier de se remplacer. — Dans certaines hypothèses, le créancier est tenu de s'adresser à un tiers pour lui faire effectuer la prestation que néglige son débiteur, sans attendre une décision de justice l'y autorisant.

La faculté de remplacement unilatéral se mue alors en un devoir pour le créancier!

Cette situation paradoxale s'explique par les interférences en ce domaine d'une autre idée qui a été remise à l'honneur, il y a peu : l'obligation pour la victime d'un dommage de limiter celui-ci. La bonne foi commande, en effet, à la victime d'une inexécution de ne pas demeurer les bras croisés et donc de prendre les mesures raisonnables en vue de restreindre son préjudice²²⁶. Une de ces mesures peut précisément consister dans le recours au remplacement unilatéral. La sanction de ce devoir se traduit par une réduction des dommages et intérêts à concurrence du préjudice qu'il aurait pu éviter, s'il avait paré au plus pressé.

CONCLUSION

46. Un bref panorama du droit belge. — Au terme de cette étude, un constat s'impose à l'esprit : les condamnations non pécuniaires et plus largement les sanctions non pécuniaires jouissent d'une grande faveur en droit belge. Le créancier est loin de devoir se rabattre sur les dommages et intérêts, en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle! Notre relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil, loin de freiner l'essor de cette tendance, pourrait d'ailleurs, nous semble-t-il, lui donner un élan nouveau.

Cette faveur trouve une triple concrétisation sur le plan juridique.

Tout d'abord, le droit belge proclame la *prééminence de l'exécution en nature* de l'obligation contractuelle sur les autres sanctions, et notamment sur l'exécution par

225. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 723 avec les réf.; M. COIPEL. *op. cit.*, 1996, p. 31, n° 250.

226. Pour une étude de cette question, voy. E. DIRIX, « De schadebeperkingsplicht van de benadeelde », note sous Civ. Hasselt, 26.2.1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2921 et s., spéc. col. 2929; R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 12 et s.

équivalent (voy. *supra*, n° 7); c'est le même constat qui s'impose pour les modes de réparation du préjudice contractuel, où *la préférence est donnée à la réparation en nature* sur la réparation pécuniaire (voy. *supra*, n° 32). Notre droit récuse donc toute idée d'équivalence des remèdes, que ce soit au stade de l'objet de la condamnation ou au stade des voies d'exécution (voy. *supra*, n° 12).

Ensuite, *l'intervention croissante du juge des référés* dans le contentieux de l'exécution des contrats permet de donner plus de consistance à ce principe de primauté. Pour autant que le droit du créancier soit évident ou ne soit pas sérieusement contestable, cette procédure d'urgence offre, en effet, au créancier la possibilité d'obtenir rapidement de la Justice un titre exécutoire.

Enfin, même si les praticiens n'en sont pas toujours pleinement conscients, le droit belge propose une palette très riche de sanctions au créancier qui n'entend pas se contenter de dommages et intérêts. Récapitulons-les brièvement.

Celui-ci peut, tout d'abord, réclamer la condamnation de son débiteur à *l'exécution en nature de son obligation*. Sous ce rapport, il est indifférent que l'obligation inexécutée ait pour objet une prestation de *dare*, de *facere* ou de *non facere*; il est également sans importance que cette obligation soit ou non personnelle au débiteur (voy. *supra*, n° 6).

S'il ne peut plus rien escompter d'utile de son débiteur mais que l'exécution en nature par un tiers demeure possible, le créancier peut réclamer au tribunal une *autorisation de remplacement à titre principal* (voy. *supra*, n° 39).

Lorsque l'exécution en nature de l'obligation contractuelle ne peut être obtenue, le créancier peut, en agissant sur la base de la responsabilité contractuelle, postuler la *réparation en nature de son préjudice* (voy. *supra*, nos 25 et s.). Un tel mode de réparation peut, à notre avis, lui être accordé, quel que soit l'objet de l'obligation inexécutée.

Le droit positif ne se contente pas d'admettre les condamnations non pécuniaires. Il veille également à leur effectivité. Des procédés très variés existent à cette fin. Ils peuvent consister en des *moyens de pression*, tels que l'infliction d'une *astreinte* en cas de désobéissance à l'ordre du juge (voy. *supra*, n° 23) et, dans une certaine mesure aussi, la *condamnation subsidiaire à des dommages et intérêts* fondée sur l'article 1142 du Code civil (voy. *supra*, n° 21). Le créancier peut également opter pour les voies d'exécution qui réaliseront *l'exécution forcée en nature* de l'obligation : elles se traduiront parfois par le recours à une contrainte physique directe sur la personne du débiteur (voy. *supra*, n° 14), mais, le plus souvent, par une contrainte par substitution (voy. *supra*, nos 15 et s.). Une fois encore, toutes les obligations doivent être traitées, sous ces différents rapports, de manière identique; seules doivent être exceptées les obligations personnelles au débiteur, sur lesquelles la contrainte par substitution n'a aucune prise (voy. *supra*, n° 20).

A côté de ces diverses sanctions judiciaires, existent des *clauses contractuelles* qui organisent des mesures d'office, qui permettent au créancier de s'affranchir de l'exigence d'une autorisation judiciaire (voy. *supra*, n° 42).

Enfin, s'il y a urgence, le créancier peut même, aux conditions strictes fixées par la jurisprudence, *se remplacer d'office* (voy. *supra*, nos 43 et s.); c'est, d'ailleurs, parfois pour lui une obligation d'agir de la sorte (voy. *supra*, n° 45).

Patrick WÉRY,
chargé de cours
aux Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix de Namur