

Vierde middel

10. Met de reden dat de eerste verweerster “*niet in concreto (verantwoordt) waarom interest op compensatoire interest zou moeten toegekend worden en het hof dit voor een volledige vergoeding van de schade niet vereist (acht)*”, oordelen de appelrechters dat er geen reden is om in te gaan op het verzoek van de eerste verweerster tot kapitalisatie van de vergoedende interest op 12 maart 2010 en 26 juni 2013.

Er bestaat geen tegenstrijdigheid tussen dit oordeel en de veroordeling van de eiseres, in het *dictum* van het arrest, tot betaling van moratoire interest vanaf de datum van de uitspraak op het geheel van de hoofdsom plus de vergoedende interest tot de datum van de uitspraak.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het oordeelt over de door de eerste verweerster gevorderde vertragsboete, het na schuldvergelijking de eiseres veroordeelt tot het betalen aan de eerste verweerster van een bedrag van 298.129,86 euro, te vermeerderen met de interest, het oordeelt over de vrijgave van de borgtocht en het oordeelt over de kosten in de verhouding tussen de eiseres en de eerste verweerster.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Veroordeelt de eiseres tot de helft van de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 741,99 euro.

Houdt de overige kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

Note***Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation***

Charles-Edouard LAMBERT¹

I. INTRODUCTION

1. Aux termes de son arrêt de principe du 18 juin 2020, la Cour de cassation a pour la première fois reconnu le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant.

Cet arrêt casse une décision de la cour d'appel de Bruxelles du 27 juin 2017 pour avoir méconnu l'article 1231 de l'ancien Code civil relatif aux clauses pénales.

L'intérêt principal de cet arrêt réside toutefois dans le fait qu'il rejette le deuxième moyen de la demanderesse en cassation pris de la violation des articles 1143 et 1144 de l'ancien Code civil relatifs au remplacement.

2. L'objet de la présente contribution sera limité à l'examen de l'effet de l'arrêt du 18 juin 2020 sur la théorie du remplacement.

A ce titre, nous commencerons par rappeler les faits saillants de la cause et la décision de la cour d'appel de Bruxelles (II.) et exposerons ensuite les principes applicables (III.). A la lumière de ces principes, nous aborderons la procédure en cassation et la décision de la Cour (IV.), formulerons plusieurs observations (V.), synthétiserons les conditions du remplacement extrajudiciaire à la suite de cet arrêt (VI.) et, enfin, nous conclurons (VII.).

II. FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE ET DÉCISION EN APPEL

3. Les faits de la cause peuvent être succinctement exposés comme suit.

La société Willemen Construct, entrepreneur, conclut avec la société Marcanne, maître de l'ouvrage, un contrat d'entreprise en vertu duquel la première était chargée de la construction d'un immeuble d'habitation et de bureaux.

En cours d'exécution du contrat, le maître de l'ouvrage reprocha à l'entrepreneur des retards dans l'exécution du contrat ainsi que différentes malfaçons. L'entrepreneur sollicitait de son côté le paiement de factures, d'intérêts et l'application de clauses pénales.

L'entrepreneur lança alors citation contre le maître de l'ouvrage. Dans le cadre de ce litige, le premier juge désigna

¹ Avocat aux barreaux de Bruxelles et de New York (Simont Braun), assistant à l'Université libre de Bruxelles.

un expert dont la mission consistait en substance à se prononcer sur les travaux exécutés par l'entrepreneur.

L'un des points litigieux concernait le vitrage de l'immeuble, qui devait être entièrement remplacé. En cours d'expertise, le maître de l'ouvrage avait produit une offre de 86.472,36 EUR hors TVA d'une entreprise tierce pour la nouvelle réalisation du vitrage. L'expert considéra que ce poste du dommage du maître de l'ouvrage pouvait être évalué au montant repris dans cette offre.

L'existence de malfaçons relatives au vitrage avait amené l'entrepreneur à introduire, dans une procédure séparée, une action contre le sous-traitant chargé de fournir et placer le vitrage. Dans le cadre de ce litige parallèle, une expertise avait aussi été mise en œuvre. Au cours de celle-ci, le sous-traitant avait apparemment fait savoir qu'il entendait procéder lui-même à la réparation du vitrage. Or, nonobstant le temps qui lui avait été laissé pour ce faire, le sous-traitant n'avait pris aucune initiative à cet égard.

En conséquence, le maître de l'ouvrage décida, sans avis préalable, de faire procéder lui-même aux réparations du vitrage pour le montant de 86.472,36 EUR hors TVA, plaçant ainsi l'entrepreneur et le sous-traitant devant le fait accompli.

Compte tenu de cette circonstance, les parties s'opposèrent sur la question de savoir si le montant de 86.472,36 EUR hors TVA exposé par le maître de l'ouvrage pour remplacer le vitrage pouvait être mis à charge de l'entrepreneur.

4. Dans son arrêt du 27 juin 2017, la cour d'appel de Bruxelles rappela, quant à cette question, le principe de la primauté de l'exécution en nature sur l'exécution par équivalent ou sur la réparation. Sur cette base, la cour considéra qu'un créancier ne peut pas choisir la réparation lorsque l'exécution du contrat est possible et susceptible de lui don-

ner entière satisfaction. Selon la cour, ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution en nature n'est pas possible ou constitue un abus de droit que l'exécution par équivalent s'impose.

Au regard de ces principes, la cour d'appel de Bruxelles jugea que le maître de l'ouvrage ne démontrait pas que l'exécution en nature par l'entrepreneur ne lui aurait pas donné satisfaction ou aurait constitué un abus de droit.

En outre, la cour d'appel releva que le maître de l'ouvrage avait commis un abus de droit en choisissant la réparation par une entreprise tierce sans en informer l'entrepreneur, sans le mettre en demeure, sans lui accorder un délai raisonnable pour remplacer le vitrage et sans que soit démontrée l'urgence justifiant de ne pas obtenir l'autorisation d'un tribunal pour charger un tiers de remplacer le vitrage. Ce faisant, la cour d'appel constatait en réalité que plusieurs conditions du remplacement extrajudiciaire n'étaient pas réunies.

Sur cette base, la cour d'appel décida que la sanction de l'abus de droit du maître de l'ouvrage devait en l'espèce consister dans la réparation du dommage causé par cet abus. A cet égard, la cour d'appel estima que si l'entrepreneur avait été chargé de remplacer le vitrage, il aurait exposé des frais mais aurait pu éviter de payer les marges bénéficiaires de tiers, évaluées *ex aequo et bono* à 30% du coût de remplacement effectivement supporté par le maître de l'ouvrage pour le remplacement du vitrage. En conséquence, la cour jugea que le dommage du maître de l'ouvrage pouvant être réclamé à l'entrepreneur ne s'élèverait qu'à 60.530,65 EUR, c'est-à-dire 70% du montant de 86.472,36 EUR payé par le maître de l'ouvrage pour remplacer le vitrage.

5. L'entrepreneur se pourvut en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel.

III. PRINCIPES APPLICABLES

6. Avant d'aborder la procédure en cassation, il paraît utile de rappeler le contexte théorique dans lequel s'inscrit le litige.

7. L'article 1143 de l'ancien Code civil dispose que « (...) le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu » et l'article 1144 que « [l]e créancier peut (...), en cas d'inexé-

cution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». Ces dispositions constituent le siège du remplacement judiciaire et expriment un « principe général du droit des obligations »² selon lequel le créancier peut se faire autoriser judiciairement à faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur.³

Compte tenu de la lourdeur que peut représenter le recours préalable au juge, la doctrine et les juges du fond admettent largement la possibilité pour le créancier de recourir, à certaines conditions, à un remplacement extrajudiciaire, c'est-

² Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

³ Voy. not. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, pp. 471 et 472, n° 8; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 817, n° 800; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers-Gand, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 599, n° 812; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2015, p. 187, n° 245.

à-dire sans autorisation du juge.⁴ En matière de contrats d'entreprise, il s'agit d'un véritable usage⁵ inspiré de celui qui prévaut en matière de ventes commerciales de marchandises.⁶

8. Avant l'arrêt du 18 juin 2020, les conditions de mise en œuvre du remplacement extrajudiciaire généralement retenues étaient les suivantes.⁷ L'on considérait que l'obligation essentielle à exécuter ne pouvait pas être *intuitu personae* au sens strict, en ce sens que les caractéristiques personnelles du débiteur ne pouvaient pas être consubstantielles à l'objet de cette obligation. En outre, le débiteur devait être défaillant et une urgence devait exister. L'on considérait pour le surplus que si le débiteur pouvait encore exécuter utilement l'obligation considérée, une mise en demeure devait lui être adressée, avec mention des manquements reprochés et du risque de remplacement à défaut d'exécution. Il était admis qu'un délai raisonnable devait être laissé au débiteur à partir de la mise en demeure pour lui permettre d'exécuter l'obligation. Un état de la situation devait par ailleurs être dressé avant l'exercice du remplacement, et ce, à des fins probatoires. Enfin, l'on admettait le remplacement pour autant qu'il

ait lieu rapidement à l'issue du délai laissé au débiteur pour s'exécuter, qu'il ait été notifié au débiteur et qu'il intervienne dans des conditions conformes à la bonne foi.

En cas de réunion des conditions du remplacement extrajudiciaire, il était admis que le créancier pouvait obtenir le remboursement par le débiteur défaillant des coûts du remplacement.⁸

9. En revanche, un sort funeste était réservé au créancier qui procédait au remplacement extrajudiciaire sans respecter les conditions reprises ci-dessus. L'on considérait en effet que ce créancier ne pouvait pas récupérer, même partiellement, les coûts du remplacement ni réclamer le dommage subi à côté de ces coûts et que ce créancier pouvait même engager sa responsabilité à l'égard du débiteur défaillant pour avoir fautivement procédé au remplacement.^{9,10}

10. C'est au regard de ces principes qu'il convient d'aborder la procédure en cassation ayant abouti à l'arrêt du 18 juin 2020.

IV. PROCÉDURE EN CASSATION ET DÉCISION DE LA COUR

11. Aux termes de son pourvoi, l'entrepreneur formulait quatre moyens. Comme indiqué au début de la présente contribution, seul retiendra notre attention le deuxième moyen. Ce moyen était fondé sur les articles 1134, 1143, 1146, 1147

et 1149 de l'ancien Code civil et sur le principe général de droit relatif à l'interdiction de l'abus de droit, repris, en matière contractuelle, à l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil.

4. Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 818, n° 801; C. HENSKENS, « Sancties bij contractbreuk. Algemeen », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 408, n° 578; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2015, pp. 188 et 189, n° 246; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain-La Haye, Acco, 2015, pp. 183 et 184.

5. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 858, n° 558; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 206, n° 99; P. VAN OMMESLAGHE, « La sanction de l'inexécution contractuelle », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, p. 213, n° 15.

6. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 818, n° 801; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 857 et 858, n° 558; voy. au sujet de l'usage en matière de ventes commerciales: E. VAN DEN HAUTE et C.-E. LAMBERT, « La vente commerciale et internationale », in M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (coords.), *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuel*, Bruxelles, Anthemis, 2015, pp. 62 et s., n°s 36 et s.; P.-A. FORIERS et T. Derval (coll.), « Les contrats commerciaux: les principes », *Chroniques d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 89 et s., n° 61; P. VAN OMMESLAGHE, « Les spécificités de la vente commerciale », in B. TILLEMANN et P.-A. FORIERS (éds.), *De Koop/La vente*, Bruges, die Keure-la Chartre, 2002, p. 287, n° 23; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 295 et s., n°s 215 et s.; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 535 et s., n°s 688 et s.

7. Voy. C. HENSKENS, « Sancties bij contractbreuk. Algemeen », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 407 et s., n°s 575 et s.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2015, pp. 188 et s., n°s 246 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain-La Haye, Acco, 2015, pp. 183 et 184; P.-A. FORIERS et T. Derval (coll.), « Les contrats commerciaux: les principes », *Chroniques d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 92, n° 67; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 858 et s., n°s 558 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 776, n° 802; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 295 et s., n°s 2015 et s.

8. Voy. sur l'étendue de ce remboursement: P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 267 et s., n°s 195 et s., et pp. 356 et s., n°s 260 et s.

9. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, pp. 471 et 472, n°s 36 et 37; S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 556, n° 44; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 626 et s., n° 750, qui parle d'un « effet boomerang » (traduction libre de « boomerangeffect ») et les références citées; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 857 et s., n°s 558 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 20, n° 99 et les références citées.

10. Gand, 5 octobre 2018, *T.B.O.*, 2020, p. 65; Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1017, note C. PARMENTIER.

Le deuxième moyen était divisé en deux branches.

12. La première branche du moyen reprochait en substance à l'arrêt attaqué d'avoir constaté que les conditions du remplacement extrajudiciaire n'étaient pas réunies, sans cependant en déduire la conséquence qui devait, selon l'entrepreneur, s'attacher à ce constat, à savoir que les coûts de remplacement exposés par le maître de l'ouvrage devaient demeurer exclusivement à charge de celui-ci.

13. La deuxième branche du deuxième moyen reprochait quant à lui à l'arrêt attaqué d'avoir considéré qu'en remplaçant l'entrepreneur dans les circonstances de l'espèce, le maître de l'ouvrage avait commis un abus de droit. Selon l'entrepreneur, compte tenu de la méconnaissance des conditions du remplacement extrajudiciaire, le maître de l'ouvrage n'avait en réalité aucun droit au remplacement et ne pouvait donc pas en avoir abusé.

14. L'arrêt commenté de la Cour de cassation du 18 juin 2020 rejette intégralement le deuxième moyen formulé par l'entrepreneur contre l'arrêt attaqué.

A ce titre, l'arrêt indique qu'en cas d'inexécution contractuelle du débiteur et lorsque l'obligation considérée s'y prête, le créancier peut se faire autoriser en justice à faire

exécuter cette obligation par un tiers aux dépens du débiteur, faisant en cela écho à l'article 1144 de l'ancien Code civil.

L'arrêt poursuit en indiquant qu'en présence de circonstances exceptionnelles, comme l'urgence, le créancier peut, sans autorisation judiciaire, à ses frais et à ses risques et périls, faire exécuter l'obligation par un tiers et ensuite récupérer ces frais auprès du débiteur, sans préjudice cependant du contrôle *a posteriori* du comportement du créancier par le juge.

L'arrêt souligne encore que le créancier qui procède à un remplacement doit prendre en considération les intérêts raisonnables du débiteur, et ce, que le remplacement soit judiciaire ou extrajudiciaire.

L'arrêt ajoute enfin que lorsque c'est à tort ou de façon négligente que le créancier remplace extrajudiciairement le débiteur, le créancier ne peut alors pas faire supporter le coût du remplacement au débiteur mais peut lui réclamer la réparation du préjudice découlant de l'inexécution.

Sur la base de ces principes, l'arrêt considère qu'en l'espèce, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que l'entrepreneur était tenu au paiement d'un montant correspondant au montant que le tiers remplaçant avait facturé au maître de l'ouvrage, diminué de la marge bénéficiaire de 30%.

V. OBSERVATIONS

A. Première reconnaissance du remplacement extrajudiciaire par la Cour de cassation

15. L'arrêt du 18 juin 2020 est notable parce qu'il s'agit de la première fois que la Cour de cassation reconnaît la faculté de remplacement extrajudiciaire.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle de la reconnaissance progressive des remèdes unilatéraux extrajudiciaires en faveur du créancier victime d'une inexécution et que le professeur Wéry qualifie de remèdes de justice privée offensive.¹¹

C'est ainsi qu'aux termes d'un arrêt du 23 mai 2019 (qui fait suite aux arrêts des 2 mai 2002¹² et 16 février 2009¹³), la Cour de cassation a pour la première fois reconnu de façon claire et indubitable la résolution extrajudiciaire pour inexé-

cution fautive par voie de notification.¹⁴

B. Conditions du remplacement extrajudiciaire après l'arrêt du 18 juin 2020

16. L'arrêt commenté présente également un intérêt en ce qu'il confirme et précise certaines des conditions du remplacement extrajudiciaire (1.). Nous aborderons également les conditions non expressément abordées par la Cour de cassation (2.).

1. Questions réglées par l'arrêt du 18 juin 2020

17. L'arrêt indique que le remplacement extrajudiciaire n'est envisageable que lorsque l'obligation considérée s'y

^{11.} A savoir la résolution unilatérale, le remplacement unilatéral et la réduction unilatérale du prix: P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 805 et s., n° 785. Ces remèdes de justice privée offensive s'opposent aux remèdes de justice privée défensive que sont l'exception d'inexécution et le droit de rétention: P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 795 et s., n° 775; voy. en particulier sur le remplacement unilatéral: P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 293 et s., n°s 213 et s.

^{12.} Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1046, n° 264 et p. 1051, n° 266; *N.J.W.*, 2002, p. 24, note; *R.W.*, 2002-2003, p. 501, note A. VAN OEVELEN; *R.G.D.C.*, 2003, p. 339, note S. STIJNS; *R.C.J.B.*, 2004, p. 193, note P. WÉRY.

^{13.} Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 126, p. 485; *J.T.*, 2010, p. 352, note M. DUPONT; *R.W.*, 2011-2012, p. 1843, note J. BAECK.

^{14.} Cass., 23 mai 2019, *R.D.C.*, 2020, pp. 497 et s.; *J.T.*, 2020, pp. 26 et s.; voy. sur cet arrêt: P. WÉRY et S. STIJNS, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », *J.T.*, 2020, pp. 21 et s.; S. VAN LOOCK, « Het Hof van Cassatie erkent de buitenrechtelijke ontbinding: drie-maal is scheepsrecht » (note sous Cass., 23 mai 2019), *R.D.C.*, 2020, pp. 549 et s.

prête, ce qui exclut notamment le remplacement en matière d'obligations *intuitu personae* au sens strict ou le remplacement qui dégènerait en voie de fait.¹⁵

18. L'arrêt précise aussi que le débiteur doit s'être rendu coupable d'une inexécution mais ne requiert pas qu'elle constitue un manquement grave, à la différence de ce qui est exigé en matière de résolution pour inexécution fautive.¹⁶ Ceci s'explique par le fait que le remplacement est une forme d'exécution en nature de l'obligation en souffrance.¹⁷

19. Par ailleurs, l'arrêt ne limite pas à l'urgence les circonstances exceptionnelles justifiant le recours au remplacement extrajudiciaire, et ce, contrairement à ce qui était souvent soutenu dans la littérature sur le sujet (voy. *supra*, n° 8). Un autre exemple de circonstance exceptionnelle justifiant le recours au remplacement est celle où ce remplacement permet au créancier de restreindre son préjudice.¹⁸

20. En outre, l'arrêt considère que le créancier qui procède au remplacement doit prendre en considération les intérêts raisonnables du débiteur. Bien que cela ne soit pas parfaitement clair, l'arrêt paraît ainsi confirmer que le créancier doit agir dans des conditions conformes à la bonne foi.

Les conséquences de cette exigence sont importantes. L'on pense, par exemple, au fait que le créancier ne pourrait pas opter pour un prestataire de remplacement dont le coût serait manifestement excessif compte tenu de toutes les circonstances de la cause. De nombreuses autres conséquences de la bonne foi seront épinglées ci-après (voy. nos 24, 26, 27, 30, 32 et 34).

21. Enfin, l'arrêt confirme que si le créancier respecte les conditions du remplacement extrajudiciaire, il pourra exiger du débiteur remplacé le remboursement des coûts exposés pour procéder au remplacement extrajudiciaire.¹⁹

2. Questions non réglées par l'arrêt du 18 juin 2020

22. L'arrêt du 18 juin 2020 n'aborde en revanche pas expressément les autres conditions du remplacement généralement retenues, à savoir (a) la nécessité d'une mise en demeure si le débiteur peut encore exécuter utilement l'obligation, avec mention des manquements reprochés, du risque de remplacement à défaut d'exécution et du délai raisonnable laissé au débiteur à partir de la mise en demeure pour lui permettre d'exécuter l'obligation, (b.) un état de la situation dressé avant l'exercice du remplacement à des fins probatoires, (c.) la notification au débiteur du fait que le remplacement est mis en œuvre et (d.) l'exécution effective et rapide du remplacement à l'issue du délai laissé au débiteur pour s'exécuter.

Nous passerons en revue chacune de ces conditions afin de tenter de déterminer si la Cour de cassation a entendu les maintenir ou non.

a. Mise en demeure préalable contenant l'indication des manquements reprochés et le risque du remplacement si le débiteur ne remédie pas à ceux-ci dans le délai raisonnable qui est laissé par le créancier

23. L'exigence d'une mise en demeure préalable n'est pas abordée par l'arrêt commenté mais ne fait à notre sens pas de doute lorsqu'une telle mise en demeure présente un effet utile. En effet, une mise en demeure est requise avant que le créancier procède à l'exécution d'une obligation²⁰, fût-ce par la voie d'un remplacement.²¹

24. Cette mise en demeure doit indiquer (i) les manquements reprochés et (ii) que le créancier procèdera au rempla-

15. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 491, n° 28.

16. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 819, n° 803; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 600, n° 815.

17. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 819, n° 803; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 599, n° 814; C. HENSKENS, « Sancties bij contractbreuk, Algemeen », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 407, n° 575; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2015, pp. 187 et s., nos 245 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain-La Haye, Acco, 2015, p. 183; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 854, n° 556; voy. sur la qualification du remplacement et son intérêt: S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 544 à 547, nos 11 à 18; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 161 et s., nos 122 et s.

18. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 488, n° 23.

19. Voy. sur l'étendue de ce remboursement: I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 602 et 603, n° 820; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 267 et s., nos 195 et s. et pp. 356 et s., nos 260 et s.

20. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 2164 et s., nos 1502 et s.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2015, p. 181, n° 237.

21. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 494, n° 31.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 819 et 820, n° 803; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 600, n° 815.

cement à défaut d'exécution satisfaisante du débiteur à l'issue du délai raisonnable que doit lui laisser le créancier.

Certes, en principe, la mise en demeure requiert seulement l'expression claire de la volonté du créancier de voir l'obligation exécutée et il n'est pas exigé que soient en outre précisées les conséquences légales ou contractuelles s'attachant à la méconnaissance de l'obligation.²² Ceci pourrait laisser penser que n'est pas nécessaire l'indication, dans la mise en demeure, de la volonté du créancier de recourir au remplacement extrajudiciaire si le débiteur ne remédie pas aux manquements reprochés.²³

Néanmoins, la question de la validité du remplacement extrajudiciaire et celle de la validité de la mise en demeure sont deux choses différentes. L'indication de la volonté du créancier de recourir au remplacement extrajudiciaire a trait aux conditions du remplacement et non à celles de la mise en demeure. Ainsi, une mise en demeure qui ne fait pas mention de la volonté du créancier de recourir au remplacement est valable et sortit ses effets.²⁴ Il ne s'en déduit pas pour autant que sera valable le remplacement qui suivra une telle mise en demeure.

De notre point de vue, la notification préalable des manquements reprochés et du fait que le créancier procèdera au remplacement à défaut d'exécution satisfaisante du débiteur à l'issue du délai raisonnable qui lui est laissé est imposée par la bonne foi.²⁵ A notre sens, la prise en compte des intérêts raisonnables du débiteur, à laquelle fait référence la Cour dans l'arrêt commenté, implique de ne pas le surprendre par l'application d'une sanction aussi sérieuse et exceptionnelle que le remplacement extrajudiciaire.

b. Etablissement de l'état de la situation avant remplacement et démontrant l'inexécution du débiteur

25. L'arrêt ne précise pas qu'un état de la situation doit être dressé avant remplacement ni, *a fortiori*, si cet état doit

être contradictoire et à quel degré.

26. A notre sens, dresser un état de la situation avant le remplacement extrajudiciaire s'impose d'abord à des fins probatoires: il s'agit pour le créancier de se réserver les éléments de preuve relatifs à la situation factuelle avant remplacement et démontrant la réunion des conditions du remplacement. Ceci permettra, le cas échéant, le contrôle *a posteriori* du juge²⁶, par exemple en ce qui concerne l'étendue de l'inexécution du débiteur et la mesure dans laquelle le remplacement était nécessaire ou en ce qui concerne l'ampleur du remboursement pouvant être réclamé au débiteur à la suite du remplacement.

L'établissement d'un état de la situation relève aussi de l'obligation de bonne foi du créancier qui, selon l'arrêt commenté, doit prendre en considération les intérêts légitimes du débiteur.²⁷ A cet égard, l'on rappellera que l'article 8.4, alinéa 2, du Code civil dispose que « [c]elui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ». Le professeur Jafferali a récemment rappelé qu'en matière d'exécution en nature d'obligations contractuelles, cette disposition légale crée une présomption d'inexécution des obligations dont l'existence a été démontrée.²⁸ Sous cet angle, procéder au remplacement extrajudiciaire – qui est une forme d'exécution en nature (voy. *supra*, n° 18) – sans établir l'état de la situation au préalable reviendra souvent à priver le débiteur de la possibilité de démontrer avoir exécuté, fût-ce partiellement, son obligation avant le remplacement. Un tel comportement du créancier serait à notre avis contraire à la bonne foi²⁹ et pourrait, selon nous, aboutir à un renversement de la charge de la preuve, telle que cette possibilité est désormais prévue à l'article 8.4., alinéa 4, du Code civil.

27. Sous le bénéfice des observations qui précèdent, l'état de la situation avant remplacement peut être rapporté par toutes voies de droit.³⁰ Seule importe la valeur probante de la preuve, c'est-à-dire, selon l'article 8.1. du Code civil, la mesure dans laquelle l'élément de preuve convainc le juge.³¹

²² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Bruges, die Keure, 2015, 183, n° 240; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 2170, n° 1504; voy. p. ex.: Cass., 16 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 48; Cass., 28 mai 2020, C.19.0128.N.

²³ Voy. en ce sens: S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 553, n° 35.

²⁴ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 2170, n° 1504 et pp. 2172 et 2173, n° 1505.

²⁵ Voy. dans le même sens: P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 494, n° 31; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 607, n° 730; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 776, n° 802.

²⁶ Voy. dans le même sens: P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 494, n° 31; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 820, n° 803; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 613 et 614, n° 737.

²⁷ P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 495, n° 31.

²⁸ R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2020, pp. 715 et s., n°s 6 et s.; voy. égal.: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les incapables. Les obligations (Première partie)*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 591, n° 596, A.

²⁹ Voy. dans un sens similaire: S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 553 et 554, n°s 36 et 37; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 613 et s., n°s 737 et s.

³⁰ Cons. art. 8.8 C. civ.: « [h]ormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve ».

³¹ P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 495, n° 31.

Ainsi, selon nous, le caractère contradictoire de l'état de la situation n'est pas déterminant. L'article 5.85 de la proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil prévoit d'ailleurs qu'il suffit que le créancier ait « *pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur* ».³²

Il est toutefois certain que, dans la conviction du juge quant à la situation factuelle avant remplacement, un état de la situation contradictoire jouera généralement un rôle plus important qu'un état de la situation établi unilatéralement par le créancier.

En outre, l'absence d'un état de la situation contradictoire pourra éventuellement, compte tenu des circonstances, être critiquée au regard de l'exigence de bonne foi du créancier. Pour prendre un cas d'école, tel serait par exemple le cas si le débiteur avait lui-même proposé d'emblée de procéder à un état de la situation contradictoire dans un délai raisonnable et que le créancier avait refusé pour des motifs dénués de fondement.

28. Sur le plan pratique, le créancier veillera à faire preuve d'une grande prudence, en invitant si possible le débiteur à réaliser un état de la situation de façon contradictoire et, en cas de refus ou d'impossibilité en raison des circonstances, en établissant cet état de la situation de façon unilatérale. Dans ce second cas, le créancier veillera à établir un rapport aussi détaillé, précis et objectif que possible au regard des circonstances, en s'entourant si possible de professionnels indépendants, tels par exemple des experts et des huissiers de justice – lesquels sont, pour rappel, habilités à effectuer des constatations purement matérielles authentiques en vertu de l'article 519, § 1^{er}, 2^o, du Code judiciaire –.

c. Notification du remplacement

29. L'arrêt ne règle pas non plus la question de la notification du remplacement au débiteur.

Cette notification s'impose toutefois pour deux raisons.

30. D'une part, elle s'impose au regard de la bonne foi.³³

Le remplacement étant une forme d'exécution en nature de l'obligation (voy. *supra*, n° 18), il est essentiel d'en avertir le débiteur qui doit être tenu au courant de l'exécution de son obligation. Il s'agit d'éviter que le débiteur n'entame des démarches pour exécuter l'obligation en souffrance alors que celle-ci est exécutée par un tiers dans le cadre du remplacement.³⁴

31. D'autre part, la notification s'impose parce qu'elle constitue le premier acte juridique du remplacement.

La notification est en effet l'acte unilatéral réceptice par lequel le créancier fait le choix offert par l'article 1184 de l'ancien Code civil entre l'exécution forcée et la résolution.³⁵ A compter de cette notification, le débiteur n'a plus le droit d'intervenir à l'exécution de l'obligation pour laquelle il est remplacé.³⁶

32. La notification du remplacement doit intervenir préalablement au remplacement, soit à l'issue du délai raisonnable laissé par la mise en demeure³⁷, soit, à défaut de mise en demeure, dans un délai conforme à ce qu'exige la bonne foi au regard des circonstances (sur l'exigence d'une mise en demeure, voy. *supra*, nos 23 et s.).

La notification du remplacement doit préciser au débiteur (i) les manquements précis qui lui sont reprochés et (ii) les circonstances qui justifient que le créancier procède au remplacement extrajudiciaire³⁸ et ce, le cas échéant, par un renvoi au contenu de la mise en demeure.³⁹

33. Relevons que c'est dans le sens d'une notification préalable que se dirige le législateur. En effet, l'article 5.85 de la proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil prévoit que « *le créancier peut (...), à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite* » qui doit indiquer « *les manquements qui lui sont*

^{32.} Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 319).

^{33.} Voy. en ce sens: S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 617, n° 739; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 776, n° 802; comp. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 554, n° 38.

^{34.} S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 554, n° 38; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 617, n° 739.

^{35.} S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 554, n° 38.
P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 820, n° 802; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 617, n° 739.

^{36.} S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 554, n° 38; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 617, n° 739.

^{37.} P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 776, n° 802.

^{38.} Voy. en ce sens: I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 601, n° 817; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 617, n° 739; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 776, n° 802; comp. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 554, n° 38.

^{39.} S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 554, n° 38.

reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement ».⁴⁰

d. Mise en œuvre du remplacement

34. L'arrêt ne règle pas non plus la question de savoir si le remplacement doit promptement être mis en œuvre après sa notification au débiteur.

A notre avis, il appartient au créancier qui a annoncé le remplacement extrajudiciaire d'y procéder effectivement, dans des conditions de marché et des délais conformes à ce qu'exige la bonne foi au regard des circonstances.⁴¹

35. Ainsi, l'écoulement du temps a souvent des effets néfastes, telles l'application de clauses pénales ou l'augmentation des prix des tiers pouvant procéder au remplacement, ce qui exigera que le créancier agisse promptement.⁴²

Le créancier veillera cependant à trouver un équilibre délicat entre, d'une part, le temps à dédier à la prospection du marché et à la négociation avec les tiers pour le remplacement, ce qui prolonge les délais, et, d'autre part, la conclusion immédiate sans négociation avec le premier tiers qui formule une offre, ce qui est certes rapide mais aussi généralement plus onéreux. Cet équilibre dépendra des circonstances concrètes de chaque espèce.

C. Régime de sanction équilibré en cas de non-respect des conditions du remplacement extrajudiciaire

36. De façon opportune, l'arrêt du 18 juin 2020 met un terme au régime de sanctions sévère préconisé en cas de

méconnaissance des conditions du remplacement extrajudiciaire (voy. *supra*, n° 9).

Ainsi, la Cour de cassation considère que le créancier qui ne respecte pas les conditions du remplacement extrajudiciaire sera empêché de recouvrer les coûts du remplacement mais pourra néanmoins obtenir réparation du préjudice subi par la faute du débiteur.

37. La distinction entre, d'une part, le recouvrement des coûts de remplacement et, d'autre part, la réparation du dommage subi par le créancier, paraît *a priori* peu claire.

En effet, lorsque le créancier remplace le débiteur défaillant sans respecter les conditions du remplacement extrajudiciaire, la réparation intégrale du dommage découlant de la défaillance du débiteur impose de remettre le créancier dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de défaillance du débiteur.⁴³ Or, sans cette défaillance, le créancier n'aurait pas exposé les coûts pour remplacer le débiteur. Le dommage du créancier correspond donc à première vue aux coûts exposés pour le remplacement.

Appréhendée comme telle, la réparation du dommage du créancier ne se distingue donc pas clairement du recouvrement des coûts de remplacement.

38. La distinction des deux situations réside dans le fait que lorsque le créancier ne respecte pas les conditions du remplacement extrajudiciaire, il commet une faute.

A notre sens, cette faute emporte des conséquences qui peuvent être synthétisées comme suit. D'une part, le créancier empêche le débiteur d'exécuter directement son obligation en nature, ce qui est pourtant un droit de ce der-

^{40.} Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 319). La proposition de loi semble considérer que le remplacement se réalise par le simple envoi d'une notification. Ceci s'explique sans doute par le parallèle fait entre le remplacement extrajudiciaire et la résolution extrajudiciaire pour inexécution fautive. Il s'agit en effet de deux sanctions unilatérales extrajudiciaires et il est admis que la résolution extrajudiciaire se réalise par une simple notification (voy. à cet égard: S. VAN LOOCK, « Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht » (note sous Cass., 23 mai 2019), *R.D.C.*, 2020, p. 505, n° 23 et pp. 509 et 510, n° 30). L'art. 5.93 de la proposition de loi (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 322)) prévoit ainsi, pour la résolution extrajudiciaire, que « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par une notification écrite au débiteur ». L'art. 5.85 de la proposition de loi prévoit la même modalité pour le remplacement extrajudiciaire. Néanmoins, pour rappel, sur le plan des principes, le remplacement est considéré comme une forme d'exécution en nature. L'on peut donc s'interroger sur la question de savoir si une exécution contractuelle peut être réalisée par simple notification de sa survenance, sans une exécution effective. Sous cet angle, la formulation de l'art. 5.85 de la proposition de loi pose question.

^{41.} Voy. en ce sens: P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, pp. 494 et 495, n° 31; S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 555, n° 39; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 618, n° 741; P. VAN OMME-SLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 857 et s., n° 558; P.-A. FORIERS et T. DERVAL (coll.), « Les contrats commerciaux: les principes », *Chroniques d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 92, n° 67.

^{42.} Comp. en matière de ventes commerciales: E. VAN DEN HAUTE et C.-E. LAMBERT, « La vente commerciale et internationale », in M. DUPONT, F. GLANS-DORFF et E. VAN DEN HAUTE (coords.), *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuel*, Bruxelles, Anthemis, 2015, pp. 63 et s., n° 38 et s.; P.-A. FORIERS et T. DERVAL (coll.), « Les contrats commerciaux: les principes », *Chroniques d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 89 et s., n° 61; P. VAN OMME-SLAGHE, « Les spécificités de la vente commerciale », in B. TILLEMANN et P.-A. FORIERS (éds.), *De Koop/La vente*, Bruges, die Keure-la Charte, 2002, p. 287, n° 23; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 535 et s., n° 688 et s.

^{43.} Voy. p. ex.: Cass., 18 septembre 2007, *Pas.*, 2007, I, n° 412, p. 1546; Cass., 13 avril 1995, *Pas.*, I, 1995, n° 201, p. 423; Cass., 23 décembre 1992, *Pas.*, I, 1992, n° 812, p. 1406; Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 89, p. 157.

nier.⁴⁴ D'autre part, le créancier expose des coûts de remplacement qui ne se justifient pas nécessairement, augmentant ainsi son propre dommage, ce dont il ne pourra pas obtenir réparation.⁴⁵

Ainsi, le débiteur défaillant pourra invoquer la faute du créancier ayant procédé au remplacement extrajudiciaire sans en respecter les conditions, tant pour invoquer un dommage propre devant se compenser avec celui invoqué par le créancier que pour contester l'étendue du dommage que le créancier peut effectivement lui réclamer.

39. En pratique, il est essentiel de cerner l'importance causale relative de la faute du créancier sur la situation d'espèce, au regard de toutes les circonstances.⁴⁶ A cet égard, il convient de déterminer la situation telle qu'elle aurait été si la faute du créancier n'avait pas été commise, en faisant abstraction de cette faute – en la remplaçant éventuellement par son alternative légitime hypothétique – mais sans modifier les autres circonstances concrètes de la cause.⁴⁷ C'est en fonction de l'incidence concrète de la faute du créancier que s'établira le dommage pouvant être réclamé par lui: ce dommage diminuera en fonction directe de l'effet concret négatif de la faute du créancier sur la situation. Plus la faute du créancier a une incidence négative sur la situation concrète, moins le dommage pouvant être réclamé par le créancier est élevé et plus ce dommage s'écarte du montant des coûts effectivement exposés par le créancier pour procéder au remplacement.

40. Pour un exemple d'application, l'on peut reprendre la décision de fond ayant donné lieu à l'arrêt commenté. Dans ce cadre, la cour d'appel de Bruxelles a déterminé que le dommage du maître de l'ouvrage correspondait au montant payé par lui pour procéder au remplacement extrajudiciaire mais que sa faute avait conduit à ce qu'il supporte une marge bénéficiaire de 30%, laquelle n'aurait pas été exposée si l'entrepreneur avait lui-même fait procéder aux travaux. En conséquence, la cour d'appel a retenu un dommage à charge de l'entrepreneur correspondant à 70% des coûts exposés par

le maître de l'ouvrage pour le remplacement. L'on observe que les 30% laissés à charge du maître de l'ouvrage correspondent précisément à l'importance causale relative de sa propre faute sur la situation concrète.

D. Appréciation critique et recommandation pratique

41. L'arrêt commenté met en lumière que la ligne directrice fondamentale du remplacement extrajudiciaire est la bonne foi du créancier qui y procède. Or, le critère de la bonne foi n'est pas clairement déterminé par avance et sa mise en œuvre dépend des circonstances.

La limite de la bonne foi présente donc l'avantage de la flexibilité pour le créancier, celui-ci disposant d'une marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances concrètes de la cause.

Cette flexibilité emporte cependant une incertitude dans le cadre d'un éventuel contrôle *a posteriori* du remplacement par un tribunal, et ce, même si, dans le cadre de l'appréciation de la bonne foi, le tribunal ne pourra pas substituer son appréciation personnelle à celle du créancier ayant procédé au remplacement extrajudiciaire.⁴⁸

42. Afin d'éviter l'incertitude relevée ci-dessus, les parties veilleront à intégrer une clause de remplacement dans leur contrat.⁴⁹

Pour présenter une réelle utilité, cette clause devra faire davantage que répéter le droit du créancier de procéder au remplacement extrajudiciaire en cas d'inexécution du débiteur.

La clause pourrait par exemple prévoir le type de fautes pouvant donner lieu au remplacement, l'exigence d'une mise en demeure, le délai, la forme et le contenu de cette mise en demeure, le délai dont dispose le débiteur pour remédier à l'inexécution une fois la mise en demeure reçue, l'exigence d'un éventuel constat de carence du débiteur après la mise en

^{44.} Voy. sur la primauté de l'exécution en nature et sur le droit du débiteur à cet égard: Cass., 4 mai 2020, R.G. S.19.0075.F, avec Concl. Av. gén. J.-M. GENICOT; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 840, n° 547; Cass., 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, I, n° 69, p. 227; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 179, p. 370; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations (Seconde partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 122, n° 94.

^{45.} P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 500, n° 37; voy. p. ex.: Cass., 30 septembre 2015, *Pas.*, 2015, I, n° 568, p. 2229; Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 584, p. 2103.

^{46.} Voy. sur ce critère lorsque plusieurs fautes contribuent au même dommage: Cass., 9 septembre 2015, *Pas.*, 2015, I, p. 1963, n° 497; Cass., 19 novembre 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 2583, n° 708.

^{47.} C. DELFORGE, M. DEFOSSE, C. DELBRASSINNE, S. LARIELLE, A. LELEUX, S. MORTIER, N. VANDENBERGHE, L. VANDENHOUTEN et J. VAN ZUYLEN, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité aquilienne (art. 1382 et 1383 du Code civil) (2015 à 2016) », *R.J.C.B.*, 2019, pp. 654 et 655, n° 208; Cass., 28 juin 2018, *Pas.*, 2018, I, n° 423, p. 1472; Cass., 12 juin 2017, *Pas.*, 2017, I, n° 380, p. 1310; J. DE CODT, « L'efficacité nuisible du comportement délinquant », *J.T.*, 2010, p. 675, n° 38; Cass., 3 janvier 2007, *Pas.*, 2007, I, n° 2, p. 4.

^{48.} Voy. sur la question de l'appréciation d'un comportement au regard de la bonne foi, p. ex.: J.-Fr. ROMAIN, « Liberté, appréciation marginale ('marginale toetsing'), qualification du fait générateur de responsabilité et abus de droit », in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 190 et s., n° 23 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 186 et s., n° 93 et s.; J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit: convergences et divergences », *A.D.L.*, 2011, pp. 316 et s., n° 29 et s.; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle » (note sous Cass., 30 janvier 1992), *R.C.J.B.*, 1994, pp. 200 et s., n° 9; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s.; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 546, p. 1061.

^{49.} Voy. p. ex. sur la licéité et la rédaction des clauses de remplacement: P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non péculniaires (essai)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 281 et s., n° 204 et s.

demeure, le délai, la forme et le contenu de ce constat de carence, l'obligation pour les parties de participer à un état de la situation contradictoire en cas de carence, les modalités de cet état de la situation, les modalités de désignation du

tiers qui procèdera au remplacement, les modalités de mise en œuvre effective du remplacement ou l'information du débiteur remplacé, en ce compris la notification du remplacement effectif.

VI. SYNTHÈSE: LE REMPLACEMENT EXTRAJUDICIAIRE DEPUIS L'ARRÊT DU 18 JUIN 2020

43. Sauf disposition contractuelle contraire, les conditions du remplacement extrajudiciaire peuvent à notre sens être synthétisées comme suit⁵⁰:

- un manquement à l'obligation considérée doit être imputable au débiteur, ce manquement ne devant pas nécessairement être d'une gravité telle qu'il pourrait justifier la résolution du contrat;
- l'obligation considérée doit se prêter au remplacement extrajudiciaire et ne peut donc notamment pas être une obligation *intuitu personae stricto sensu*;
- il doit exister des circonstances exceptionnelles justifiant le remplacement extrajudiciaire, telles que l'urgence ou le devoir du créancier de limiter son dommage découlant de la défaillance du débiteur;
- une mise en demeure doit être adressée au débiteur si celui-ci peut encore exécuter utilement l'obligation; cette mise en demeure doit inclure:
 - l'octroi d'un délai raisonnable, à partir de la mise en demeure, permettant au débiteur d'exécuter l'obligation concernée;
 - la mention des manquements précis reprochés;
 - l'indication des circonstances exceptionnelles qui justifient le remplacement extrajudiciaire;
 - l'indication qu'à défaut pour le débiteur de remédier aux manquements reprochés dans le délai raisonnable qui lui a été laissé, le créancier procèdera au remplacement extrajudiciaire;
- le créancier doit se ménager la preuve de la défaillance du débiteur et de l'état de la situation avant de procéder

au remplacement, cette preuve étant idéalement – mais pas nécessairement – établie de façon contradictoire;

- si une mise en demeure a été adressée au débiteur, le remplacement doit être notifié au débiteur à l'issue du délai qui lui avait été laissé pour s'exécuter; cette notification doit rappeler:
 - les manquements précis reprochés au débiteur; et
 - les circonstances exceptionnelles qui justifient le remplacement extrajudiciaire;
 - si une mise en demeure n'a pas été adressée au débiteur, le remplacement doit être notifié au débiteur dans des circonstances et dans un délai conforme à ce qu'exige la bonne foi; cette notification doit inclure:
 - la mention des manquements précis reprochés; et
 - l'indication des circonstances exceptionnelles qui justifient le remplacement extrajudiciaire;
 - le remplacement doit avoir lieu effectivement dans des conditions et des délais conformes à la bonne foi, le créancier devant prendre en compte les intérêts raisonnables du débiteur à tout stade du remplacement.
44. Le créancier qui ne respecte pas les conditions du remplacement ne peut pas réclamer au débiteur les coûts du remplacement mais peut réclamer la réparation du dommage que la faute du débiteur lui a causé. Dans l'appréciation de ce dommage, il convient toutefois de prendre en compte l'importance causale relative de la faute du créancier (consistant à avoir procédé au remplacement extrajudiciaire sans en respecter les conditions) sur la situation.

VII. CONCLUSION

45. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020 est un arrêt de principe qui reconnaît pour la première fois le remplacement extrajudiciaire (voy. *supra*, n° 15).

Cette évolution s'inscrit dans la tendance générale de la reconnaissance de mécanismes extrajudiciaires en faveur des créanciers victimes d'inexécution.

Outre le fait qu'il précise certaines des conditions requises pour procéder au remplacement extrajudiciaire (voy. *supra*, n°s 17 et s.), l'arrêt commenté est intéressant en ce qu'il décide que le non-respect de ces conditions n'empêche pas, en principe, le créancier de réclamer des dommages et inté-

rêts au débiteur défaillant (voy. *supra*, n°s 36 et s.).

Il ressort des conditions du remplacement extrajudiciaire (voy. *supra*, n°s 16 et s.; pour une synthèse des conditions, voy. *supra*, n° 43) que celui-ci est fondamentalement balisé par l'exigence de bonne foi du créancier qui y procède, ce qui peut emporter des incertitudes en pratique.

Ainsi, une détermination contractuelle de modalités précises et concrètes du remplacement extrajudiciaire présentera souvent l'avantage pour les parties d'augmenter la prédictibilité du cours des événements en cas d'inexécution du débiteur (voy. *supra*, n° 41).

⁵⁰. Cons. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 819 et 820, n° 803; S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 551 et s., n°s 30 et s.