Réparation en nature et affectation des dommages et intérêts

Michel Boudot

▶ **To cite this version:**

Michel Boudot. Réparation en nature et affectation des dommages et intérêts. Michel Boudot; Marianne Faure-Abbad; Didier Veillon. Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, pp.291-313., 2019, 9791090426962. hal-03768342

HAL Id: hal-03768342
https://hal.science/hal-03768342

Submitted on 3 Mar 2023

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

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

RÉPARATION EN NATURE ET AFFECTATION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Michel BOUDOT

Université de Poitiers
Équipe de Recherche en Droit Privé (ERDP, EA 1230)

L'analyse du discours juridique est toujours plus difficile lorsqu'il s'agit de textes anciens, toujours en application, mobilisant des concepts dont les usages récents ont dérivé jusqu'à parfois masquer les sens primitifs. En matière de responsabilité civile, même en se contentant du droit positif, il faut affronter la superposition de plusieurs masses de textes, les règles du Code civil, les réformes jurisprudentielles, les commentaires périmés et ceux récents, et puis surtout la rhétorique politique qu'ils nous offrent. Le choix de concentrer l'analyse sur les effets de la responsabilité civile a été fait pour donner suite au discours précédemment tenu sur la responsabilité contractuelle[1], pour prolonger la réflexion aux modes de réparation des dommages, pour tenter de décrypter le contenu des projets de réforme promis par les services gouvernementaux.

La littérature juridique française apparait divisée sur bons nombres de questions touchant à la réparation des dommages : doit-elle advenir en argent ou en nature[2] ? C'est l'une des questions pivot de la réforme projetée, c'est une question politique essentielle[3]. Certains auteurs écarteraient volontiers la possibilité pour le juge d'ordonner une réparation en nature en matière extracontractuelle, alors que d'autres en font purement et simplement le principe. D'autres encore font dépendre la réponse à cette question de la nature du dommage subi.

Pour aborder l'analyse des réponses doctrinales, les concepts qu'ils nous faut connaitre sinon maîtriser, ne sont pas toujours bien tangibles, encore qu'ils soient d'usage courant : dans la littérature française, la « réparation en nature » cohabite avec l'exécution directe, l'exécution *in forma specifica*, l'exécution en nature, la restitution *in specie* ou *in genere*, la restitution en nature, le rétablissement en nature, et semble s'opposer à l'exécution indirecte, l'exécution en valeur, l'exécution par équivalent, la réparation par équivalent, la restitution en valeur, la compensation en dommages et intérêts.

Mais avant d'expliquer la situation dogmatique française, quelques précisions méritent d'être exposées pour mettre en perspective une comparaison franco-italienne des

1 M. Boudot, « La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre », *dans cet ouvrage*.

2 Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations,* Defrénois, 9e éd. 2017, p.249.

3 B. Barry, *La réparation en nature,* préf. M. Poumarède, LGDJ – UT1C, 2016, p. 422 *et sq.* ; M. Denimal, *La réparation du préjudice corporel : réalités et perspectives*, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2016 (HAL Id : tel-01447888).

systèmes de réparation. Pour ce qui nous occupe, on peut imaginer que l'un des buts de la prochaine réforme de la responsabilité civile, soit de doter le Code civil français d'un système de contrôle judiciaire des droits, *tutela giurisdizionale dei diritti*… car pour l'heure, il n'existe aucune organisation claire et codifiée des modes de réparation. En revanche, nous possédons un Code des procédures civiles d'exécution dans lequel sont prescrites les voies d'exécution forcée des obligations en général. Autrement dit, si le juge ordonne tel type de mesure, on pourra en forcer l'exécution selon des règles procédurales connues, mais ni le Code civil, ni les codes de procédure ne nous renseignent précisément sur les pouvoirs du juge d'ordonner telle ou telle mesure. Inversement, le droit italien connait lui un système unifié que l'on retrouve dans le sixième livre du Codice civile, un livre fourre-tout, mais qui a le mérite pour ce qui nous intéresse, de poser aux articles 2907 *et sq.* une série de règles gouvernant l'exécution forcée des obligations[4].

Il y a ici plusieurs difficultés de traduction. En italien, *l'esecuzione forzata* couvre un champ plus large que l'exécution forcée en français. Mot à mot, elle comprend l'exécution par expropriation, et l'exécution *in forma specifica*, que par commodité, on traduit en français par « en nature ». Mais dans la dogmatique française, et bien que le code des procédures civiles d'exécution utilise une acception large, on va avoir tendance à réserver l'expression *exécution forcée* aux seules obligations contractuelles ou aux titres exécutoires.

Sans trouver l'« exécution forcée » des obligations en matière délictuelle, on parle en revanche de *réparation en nature du dommage* pour signifier un retour au *statu quo ante* selon des modalités autres que pécuniaires. À l'opposé, la « réparation par équivalent » consiste dans l'allocation de dommages et intérêts, et pose un nouveau problème de traduction. Ce qui en France est désigné par « réparation du dommage » est donc plus large que l'expression italienne « risarcimento dei danni » quand celle-ci se contente d'exprimer une condamnation à des dommages et intérêts.

Enfin le régime d'exécution forcée *in forma specifica* du droit italien (Art. 2930 *et sq.*) autorise le juge à ordonner le cas échéant la restitution ou la livraison de meuble ou d'immeuble, à ordonner l'exécution d'un devoir ou d'une obligation de faire (s'il est fongible) ou de ne pas faire en imposant dans ce dernier cas alors la *rimozione* (l'enlèvement) de la chose construite, ou la cessation d'une activité ; le juge peut aussi imposer la conclusion d'un contrat[5].

Ceci étant posé, ma réflexion concernera le seul droit français. Dans un premier temps, je proposerai une analyse des conceptions par lesquelles la doctrine représente le droit positif, à savoir à partir des textes non encore modifiés du Code civil (articles 1240

4 A. Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Commentario al Codice civile (P. Schlesinger-F. Busnelli), art. 2907, Giuffrè, 2018 ; A. Di Majo, *La tutela dei diritti 3,* 4e éd. Giuffrè, 2003.

5 C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, p. 917 ; D. M. Frenda, "Adempimento o risarcimento in forma specifica ?", *Riv. Dir. Civ.* 2017, p. 276 ; A. Montanari, "Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno", *Europa e diritto privato* - 2/13, p. 505 ; S. Mazzamuto, "Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica", in S. Mazzamuto (dir.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, tome 1, Jovene 1989, p. 453 ; dans le même ouvrage, C. Castronovo, "Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", p. 481 ; C. Salvi, "Il risarcimento del danno in forma specifica", p. 575 ; G. Cian, "Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica", in *Studi in onore di Pietro Rescigno, V. Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano 1998, p.760.

et sq. remplaçant les articles 1382 *et sq*.) et de la jurisprudence contemporaine (I. Dogmatique positive). Dans un second temps, je m'efforcerai d'interroger les propositions de réforme (II. Prospective politique).

I. Dogmatique positive

Dans la dogmatique du 19e siècle, le concept de réparation « en nature » n'est pas présent. Il n'est donc pas affirmé clairement que la réparation du dommage s'appuierait sur une clause générale où, lorsque les parties ne s'entendraient pas sur les modalités de la réparation, le juge pourrait choisir opportunément entre indemnisation en argent et mesures spécifiques, ou choisir de les cumuler. L'absence d'un système clair organisant les modes de réparation des dommages rend l'interprétation périlleuse et les reconstructions spécieuses : il se dégage pourtant l'idée que sans ordre de priorité, la réparation des dommages suit le principe d'une indemnisation en argent, « sauf aux juges à ordonner la cessation des actes nuisibles, ou le rétablissement des choses détériorées et détruites, dans leur premier état »[6]. Mais cette esquisse d'une division tripartite, dissociant la réparation (*risarcitoria*), la cessation (*inibitoria*) et la restitution (*restitutoria*) ne trouve pas un écho théorique (A). C'est au contraire par amalgame que la vocation générale à la réparation en nature affirme sa primauté dans le débat doctrinal au début du 20e siècle (B).

A. Où l'on remarque qu'au 19e siècle, il n'y a pas de système organisant les réparations lato sensu.

La responsabilité civile, comme nous l'avons vu à propos de la responsabilité contractuelle, est un concept dont la géométrie doctrinale est variable au cours du 19e siècle, mais il est constant que dans la période d'exégèse du Code civil, le droit des délits civils ne s'applique qu'à des rapports strictement interindividuels. Les termes *responsabilité* ou *responsable* n'assument alors aucune fonction sociale ; le délit civil fait naître un droit à réparation au profit de la victime, et dont la charge pèse sur le fautif. *Réparer le dommage, c'est satisfaire, autant que possible, celui qui l'a souffert, au moyen d'une indemnité appropriée à la nature du préjudice et à la possibilité de sa réparation*[7].

À l'origine, et encore aujourd'hui, le Code civil n'a posé aucune règle pour la réparation des dommages résultant des délits ; c'est sur une utilisation analogique du régime de l'inexécution contractuelle que se fonde le raisonnement judiciaire, auquel s'ajoute l'extrapolation des règles relatives à la violation des droits réels[8], et de celles relatives aux obligations de restitution[9]. Étant entendu qu'en droit des biens, le terme *réparation* a un

6 A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, ou de l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats, 2e éd., 1872, tome I, n° 468 : qui poursuit, « encore, l'auteur du dommage ne peut-il être contraint directement à exécuter les travaux de réparation, mais il doit être condamné sous cette alternative, ou de remettre les choses en état, ou de payer telle somme d'argent dès à présent fixée, à titre de dommages-intérêts » ; n° 111. « À l'égard des restitutions ou réparations, c'est-à-dire de la remise des choses au même état qu'avant le délit, et de la restauration des dégradations matérielles qu'elles ont subies, il ne peut pas y avoir grandes difficultés. Les tribunaux doivent d'abord ordonner la cessation du délit, et la destruction de ce qui peut en résulter, enfin, tout ce qui constitue la réparation proprement dite ».

7 L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, tome V, 1852, sous art. 1382 et 1383, n° 26, p. 704.

8 Notamment, Art. 554, 555, 577, 614, 640.

9 Art. 549, 1771, 1951 et ex-1379 auxquels on peut ajouter les textes récents par anachronisme, art. 1352, 1352-3.

usage exclusivement concret, dont la chose est objet, et non celui de compensation par équivalent[10].

C'est pourquoi les controverses et les discussions se confrontent dans une première époque aux questions de savoir comment articuler le régime des dommages et intérêts présent aux articles 1146 *et sq.* et qui se situent dans le régime contractuel, avec les dommages et intérêts dus en cas de délits, quasi-délits et quasi-contrats. Les explications doctrinales sont sommaires, comme si les réponses aux questions étaient évidentes. Faut-il mettre en demeure ? Non[11]. Faut-il restreindre l'indemnité au dommage qu'on a pu prévoir ? Non[12]. Une citation en justice est-elle nécessaire pour faire courir les intérêts ? Quel sens cela aurait-il ? *Il va sans dire,* nous dit Marcadé, *que l'indemnité ne sera due que pour les dommages qui seront des conséquences directes du fait, et dont ce fait sera la cause unique, ainsi qu'il a été expliqué sous l'article 1151*[13].

Quant à savoir en quoi consiste la réparation, de l'absence de règles propres aux délits, les auteurs déduisent du silence des textes cette règle fondamentale, « que l'étendue de la réparation et les différentes manières dont elle peut être fournie, sont laissées par le Législateur à l'appréciation discrétionnaire des magistrats[14] ».

Concrètement, qu'il s'agisse d'un dommage matériel, soit même qu'il s'agisse d'un dommage moral, le juge choisit le plus souvent la condamnation à une indemnité en argent sans en faire un principe directeur, car il arrive fréquemment que *cette indemnité pécuniaire qui représente les dommages et intérêts proprement dits, se cumule souvent, à raison de l'espèce du délit ou quasi-délit, avec d'autres chefs particuliers de condamnation*[15]. Ces « chefs particuliers » peuvent être des peines lorsque le dommage résulte d'une infraction pénale, ou revêtir des formes spécifiques de contrainte, par exemple « par corps » ou sous « forme d'astreinte[16] ». Et c'est aussi ce qui explique que la partie

10 Art. 605, 606, 650, 655, 663.

11 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome XXXI, 1882, n° 685, p. 590.

12 F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome XX, 1876, n° 523, p. 566 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, tome IV, 4e éd. 1871, § 445.

13 V. N. Marcadé, *Explication théorique et pratique de Code civil*, tome V, 6e éd., 1866, p. 275 *et sq.*

14 C. Aubry et C. Rau, IV, 4e éd. 1871, § 443 « La réparation du dommage, soit matériel, soit moral, causé par un délit, se résout en une indemnité pécuniaire, sauf, en outre, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit. La fixation du montant de cette indemnité est, en général, abandonnée à l'arbitrage des tribunaux » ; C. Demolombe, XXXI, n° 685 : « Nos textes ne s'en expliquent pas. Et de leur silence même résulte cette règle fondamentale, (…) que l'étendue de la réparation et les différentes manières dont elle peut être fournie, sont laissés par le Législateur à l'appréciation discrétionnaire des magistrats. (…) Il ne s'agit pas, en effet, ici de rechercher quelle a été la commune intention des parties, comme c'est la mission du juge, dans la matière des obligations conventionnelles. De convention, il n'y en a pas ! Ce qu'il y a seulement, c'est un fait, dont la mission du juge est d'apprécier le caractère et les conséquences, eu égard aux variétés infinies, sous lesquelles il peut se produire, et qu'il était bien impossible que le Législateur entreprit de prévoir. C'est donc aux juges, en effet, qu'il appartient de statuer, en fait, suivant les circonstances particulières de chaque espèce... de statuer *ex aequo et bono*, d'après l'équité, la règle maîtresse, à laquelle nous sommes toujours ramenés en cette matière ».

15 L. Larombière, V, n° 27, p. 705 ; C. Aubry et C. Rau, IV, § 445, p. 749, note 8 à propos de la réparation d'honneur : «[Lorsque] le dommage causé par un délit ne constitue qu'un tort purement moral, [n]otre Droit n'admet, en général, d'autre réparation qu'une indemnité pécuniaire. Ainsi, le juge ne peut, même au cas de délit d'injures, ordonner ce qu'on appelle une réparation d'honneur, à moins que la loi ne l'y autorise formellement. Cpr. Code pénal, art. 226 et 227 ».

16 Présente en jurisprudence (Angers, 14 déc. 1855, *Dev.* 1857, I, 257) la condamnation à des dommages et intérêts, par jour de retard, destinée à vaincre la résistance du débiteur, et qui prendra plus tard le nom d'astreinte comminatoire, est dénoncée comme une forme de contrainte illégale

responsable puisse être condamnée soit, à supprimer certains ouvrages, certains travaux qui seraient la cause temporaire ou permanente du dommage ; soit à accomplir certains faits, certaines prestations sans lesquels le préjudice ne serait pas suffisamment réparé ; soit, à restituer la chose, sujet du délit, à son possesseur ou à son propriétaire.

Mais le constat doit être fait que pour illustrer les modes de condamnation ou de réparation non pécuniaire, les auteurs convoquent, outre le droit pénal, le plus souvent le droit des biens au sein duquel l'atteinte à la jouissance, à la possession, à la propriété est regardée comme constitutive d'un délit ou quasi-délit. Les mécanismes indemnitaires du droit des biens ne sont pourtant pas conditionnés par la démonstration d'une faute, ni n'ont pour effet d'accomplir une réparation intégrale du dommage subi[17].

Essayons d'y voir plus clair en observant les usages linguistiques de « réparation en nature ». En 1804, le Code civil réserve la locution « en nature » à plusieurs hypothèses qui toutes renvoient à des choses ou des ensembles de choses corporelles physiquement considérées, fongibles ou non, et c'est principalement dans le registre des biens ou des successions que l'on rencontre ces usages[18]. Les règles esquissent une priorité en faveur de ce qui réside encore « en nature/*ut ipsum* » par rapport au substitut « en argent », « en valeur » ou « en numéraire ». Mais on en trouve aussi à l'article 1379 relatif à la répétition de l'indu qui prévoyait « Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute », et s'il ne s'agit pas d'un corps certain, celui qui a reçu indument sera tenu de restituer même nature, en quantité et qualité[19]. Ce texte, comme l'article 1932 relatif au dépôt[20], fait un lien entre le droit des choses à restituer à raison de la propriété ou d'une possession antérieure, et l'obligation personnelle, - quasi-contractuelle ou contractuelle -, de restituer.

Pour autant, selon les différentes banques de données qui permettent de faire des recherches contextuelles, on ne rencontre pas l'expression « réparation/réparer en nature » avant les années 1840, et l'usage ne commence à devenir récurrent que dans les années 1880. Aux commentaires des articles 1379 et 1382 *et sq*., les auteurs du 19e siècle ne font pas d'amalgame entre ce qui ressort des hypothèses où la chose elle-même doit être restituée, y compris par le voleur ou le possesseur commettant un délit, et la réparation de ce même délit[21]. Cela signifie que la catégorie de la « réparation en nature » n'est pas encore formée en tant qu'elle engloberait restitution de biens et la réparation du

par C. Demolombe, XXIV, n° 494, p. 493 ; F. Laurent, XVI, n° 301 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tome VII, 1894, p. 206. Voy. S. Mazzamuto, « Astreinte à l'italienne », *dans cet ouvrage*.

17 C. Demolombe, XXXI, n° 471 « C'est ainsi que la loi, dans le cas de bonne foi, valide certains actes, attribue les fruits perçus, et dispense de certaines restitutions ou réparations, à l'égard du véritable propriétaire, qui cependant est, par-là, constitué en perte. Il est vrai ! Mais ce sont là des exceptions (...). L'exercice de votre droit va jusques à l'extrême limite où commence le droit d'autrui. Mais à cette limite, il s'arrête ! Et vous ne sauriez, en aucun cas, la franchir, même dans votre plus entière bonne foi. Qu'il n'y ait pas un délit dans ce cas, sans doute ! Mais il y a certainement un quasi-délit.

18 Exister *en nature* (Code civil [1804], art. 351, 1470), se retrouver (747, 766), conserver (452, 1063), remettre (453), demander sa part (826), rapporter (830, 865), représenter (805), restituer (1379, 1915).

19 C. Demolombe, XXXI, n° 391.

20 « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue ».

21 « Le dommage causé, voilà le caractère essentiel du délit civil ; comme aussi la cause essentielle de l'obligation de réparation pécuniaire, qu'il engendre », C. Demolombe, XXXI, n° 454.

dommage matériel, étant entendu qu'on est très loin de parler de réparation en nature des dommages causés au corps de la victime.

Il est donc intéressant de se demander quand « réparation en nature » prend le sens général de rétablissement non pécuniaire par fusion des dispositions en vue de la réparation concrète des choses elles-mêmes, de la remise des choses à leur titulaire, ou de la destruction des choses mal plantées, et les principes laissés à l'arbitraire des tribunaux en vue d'une réparation autre que pécuniaire quand l'équité le commande ?

Quand ? C'est seulement au début du 20e siècle[22] que l'on constate l'association de la « réparation en nature » et de l'article 1382 dans les recueils de jurisprudence et la doctrine qui la commente, et cela coïncide, - il n'y a pas de hasard -, avec le règlement des questions sur l'abus des droits et la destination du droit de propriété[23]. À propos du jugement de première instance de l'affaire Coquerel *vs* Clément-Bayard, le cartouche résumant la décision au recueil Dalloz 1913 énonce « La responsabilité de l'auteur de l'abus se rattache à la règle générale formulée dans l'article 1382 ; elle dérive d'une faute, d'un délit civil ; Aussi est-elle susceptible de se traduire soit par une condamnation à des dommages et intérêts ; soit par une réparation en nature, spécialement par la suppression d'ouvrages à laquelle la victime pourra être autorisée par le tribunal à procéder elle-même, si le défendeur condamné ne se décide pas à l'effectuer ». Nous avons ici une illustration importante : est dénommée « réparation en nature » la destruction de l'ouvrage construit par le propriétaire sur son propre terrain. Il ne s'agit pas à proprement parler du rétablissement de la chose de la victime, comme en cas d'empiètement (Art. 545) ou de construction sur le terrain d'autrui (Art. 555), mais de la remise à l'état antérieur de la chose même du fautif. La théorie de l'abus des droits au 20e siècle implique en effet des mesures de coercition nouvelles[24], notamment au moyen d'injonctions de ne pas faire là où pourtant le droit se pensait en absolu, des mesures également de contrôle de l'usage, voire d'expropriation ou de déchéance. Mais peut-on laisser au juge seul le pouvoir de choisir les moyens de coercition appropriés ?[25] C'est ce qui se prépare car, au tournant du 20e siècle, le système codifié bascule dans ce qui deviendra un *case law*, et c'est bien la jurisprudence française qui se chargera de faire la réforme du droit des obligations. À défaut d'intervention législative, la « réparation en nature » adopte le sens générique de « non pécuniaire » qui en l'absence de prévisions légales sur les types de mesures possibles, induit l'existence d'un contrôle judiciaire sur l'opportunité politique d'accorder à la victime le mode de satisfaction qu'elle demande. Et pour dire les choses en exagérant à peine, la réparation en nature des dommages délictuels a recours aux règles de l'inexécution contractuelle pour réparer des atteintes à la propriété, et quand la médecine et la chirurgie le permettront des atteintes au corps des victimes.

22 Auparavant, on peut rencontrer l'association entre l'expression « réparation en nature » et « responsabilité » dans le discours qui accompagne le développement de l'assurance, mais il est difficile d'y voir une portée autre que sectorielle, et quoi qu'il en soit, sans ambition dogmatique ; je resterais néanmoins prudent sur ce point.

23 Amiens, 7 févr. 1912 ; Chambéry, 22 juill. 1912 ; Trib. Civ. Compiègne, 19 févr. 1913, D. 1913, II, 171 note Josserand.

24 Précisons cependant que, en matière de propriété la question de l'abus des droits n'est pas entièrement nouvelle, on connait déjà au 19e siècle des situations de mésusage du droit de propriété donnant lieu à indemnisation, notamment dans le giron de la propriété par appartements de l'article 664.

25 À la même époque, la jurisprudence française généralise la technique de l'astreinte y compris pour les condamnations non pécuniaires, et la doctrine forge la théorie de l'astreinte : E. Croissant, *Des astreintes*, Thèse 1898 ; P. Gleize, *Les astreintes*, 1935.

En cela, il est difficile de voir des tentatives de systématisation, c'est plutôt une désystématisation que l'on perçoit ; les distinctions présentes dans le Code, et celles utilisées par les premiers commentateurs, n'étaient pas pensées pour dessiner un principe unique permettant de discriminer parmi les modes d'exécution des obligations. Tout au plus elles représentaient des canevas utiles pour comprendre la mise en œuvre des prévisions légales ou contractuelles. Pour l'exécution des obligations, on trouve *in forma specifica* (directe) vs *per œquipollens* (indirecte). D'un côté, l'expression latine « in formâ specificâ » se situe principalement dans le domaine des conditions contractuelles ou testamentaires et s'oppose à « per œquipollens », pour signifier *dans les termes et conformément à ce qui précisément a été prévu ou disposé* par les parties ou le testateur[26]. Par une première extension, c'est en ce sens qu'il faut lire chez Aubry et Rau le § 307[27] : « Toute obligation civile confère, par elle-même, au créancier, le droit de contraindre le débiteur à l'exécution de cette obligation. Toutefois, ce dernier ne peut pas toujours être contraint à l'exécution directe (*in forma specifica*) de l'obligation qu'il a contractée ». De même, la caution n'a pas d'obligation d'exécuter *in forma specifica* en lieu et place du débiteur[28]. Ceci étant posé, en matière d'inexécution contractuelle, il est logique que la primauté aille à l'exécution directe « *in forma specifica* », conformément à ce qui a été prévu[29].

D'un autre côté, et parallèlement, s'agissant des obligations de restitution au propriétaire par le précariste, le possesseur, l'usufruitier, ou le quasi-usufruitier, au bailleur par le preneur, au déposant par le dépositaire, au commodant par le commodataire, au prêteur de choses consomptibles par l'emprunteur, c'est la nature fongible ou non de la chose qui permettra de distinguer parmi les types restitutoires. La restitution se fera prioritairement en nature *in specie*, ou en nature *in genere*, parce qu'elle est *forma specifica* (ce qui a été prévu) dans le dépôt[30](ou plutôt les différents dépôts), le commodat, le prêt de consommation, mais aussi pour l'usufruit *in specie* ou le quasi-usufruit *in genere*.

En effet, il y a bien une deuxième extension possible de « *in forma specifica* » mais on ne la retrouve pas dans la doctrine française : *in forma specifica* peut signifier *selon ce qui a été prévu ou disposé par la loi*, et si l'on suit cette pente, elle prend le sens, non pas générique et englobant de « en nature », mais plutôt celui de « par un remède typique », quand la loi donne au créancier/victime un moyen spécifique de réintégration dans sa position antérieure. Ce serait le cas du propriétaire qui peut obtenir la démolition du bâtiment empiétant sur son terrain, sans le priver de l'indemnité en argent qui compensera sa perte de jouissance ; du possesseur qui pourra faire expulser, celui qui l'aura spolié, et aussi le cas de celui qui nommé dans une publication, fera valoir un droit de réponse[31], sans préjuger d'une éventuelle demande d'indemnité.

26 À la suite de la littérature de Pothier, voy C. Toullier, *Droit civil français*, VI, 1824, n° 586 ; V. N. Marcadé, IV, art. 1175 à propos de la réalisation de la condition, qui opposent « in formâ specificâ » à « per œquipollens » ; égal. R.-T. Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, tome 1, 1862, n° 301.

27 C. Aubry et C. Rau, IV, § 307.

28 Comp. Garantie financière d'achèvement dans la Vente en l'état futur d'achèvement, Article L261-10-1 CCH.

29 Code civil [1804], art. 1243 : « 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 ».

30 *In specie* pour le dépôt d'un corps certain, art. 1932 al. 1er, ou *in genere* pour les « sommes monnayées » art. 1932 al. 2 ou encore pour le dépôt de titres au porteur.

31 L. 29 juill. 1881, Art. 13 (rédaction, Ord. 22 sept. 2000) : « Le directeur de la publication sera tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception, les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique quotidien sous peine de 3 750 euros d'amende sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu ».

Mais le législateur français, n'ayant jamais emprunté la voie d'une détermination typique des délits, pas plus que de leur réparation, la jurisprudence française, a conservé en matière civile la liberté que lui offre l'équité. La réparation en nature s'impose finalement comme une catégorie ouverte : la partie lésée peut être autorisée elle-même à faire ou à faire faire certaines choses aux dépens de celui-ci a commis à son égard le délit ou le quasi-délit[32]. Planiol est très clair : « Ordinairement la réparation du préjudice se fait en argent, mais rien n'empêche le juge d'ordonner selon les cas une réparation d'un autre genre qui sera plus adéquat à la nature du dommage » sauf à ce que cette réparation consiste en un fait humiliant ou pénible pour le débiteur[33]. Mais la victime peut-elle exiger la condamnation en nature du responsable ? C'est ici qu'il faut comprendre la rhétorique de l'amalgame : l'exécution en nature est due au créancier contractuel parce qu'elle est « in forma specifica », par association, la réparation en nature sera due à tout créancier parce qu'elle sera regardée « in forma specifica » en dépit de l'absence d'un système typique des modes de réparation. Cet amalgame est assuré en doctrine par l'avènement de la thèse de l'unité des responsabilités contractuelle et délictuelle.

B. Primauté de la réparation en nature ?

1. Le droit français de la responsabilité civile, n'ayant pas été réformé par la loi, le Code civil français ne contient pas un système typique de « *tutela civile dei diritti* ».

La position favorable à la liberté du juge a été contestée dès les années 1930 par les professeurs H. et L. Mazeaud. Pour eux, « la victime est en droit de demander et d'obtenir la réparation en nature chaque fois que celle-ci peut être effectuée[34] ». Ces auteurs ont érigé la « condamnation en nature » en un mode de réparation prioritaire du dommage chaque fois qu'elle était possible[35]. Même accord chez E. Gaudemet, « L'objet et la nature de la réparation ont soulevé des controverses. On s'est demandé si la victime devait toujours se contenter de réparation en argent ou si elle ne pouvait obtenir réparation en nature, lorsque celle-ci est possible… Dans tous les cas, la réparation nature, si elle est possible, pourra être exigée[36] ».

Ce courant de pensée propose de substituer la primauté de la réparation en nature à la liberté du juge. À contre-courant, dans ces mêmes années, une voie dissonante doit être signalée. Lucienne Ripert écrit une thèse de doctorat intitulée « La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle » en 1933 ; elle constitue une référence toujours citée aujourd'hui. Cette auteure plaidait en faveur de l'idée que la responsabilité civile ne pouvait faire naître que des obligations pécuniaires, et qu'à parler de réparation en nature d'un délit civil, la doctrine provoquait l'amalgame avec des modes restitutoires ou indemnitaires qui sont étrangers au droit des délits. En particulier, il faut laisser le droit des biens là où il est : les actions en restitution de la chose ou de ses fruits, les actions en prévention de construction ou suppression d'ouvrages, obéissent à des règles qui ne peuvent servir de témoins et encore moins de modèles à une prétendue réparation en

32 G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, tome 4, 1908, n° 2877.

33 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* tome II, 2e éd. 1902, n° 895.

34 *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle,* tome 3, 6e éd., 1978, n° 2305. *Leçons de droit civil, Obligations*, 8e éd., 1991, n° 621.

35 G. Viney, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », in B. Dubuisson et P. Jourdain, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Études de droit comparé, Bruylant 2015, p. 7 *et sq.*

36 E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 323.

nature des dommages subis. De même, les mesures de publicité des jugements en cas d'injure ou de diffamation, ne réparent rien, elles informent les tiers, et punissent le coupable. La responsabilité, elle, doit compenser en argent. Mais ce n'est pas le chemin qu'a suivi la jurisprudence française au 20e siècle. Le domaine de la responsabilité s'est étendu et avec lui, les modes de réparation en nature se sont diversifiés. Ainsi, au vingtième siècle avec la socialisation du risque[37], « la pratique, par un souci bien compréhensible de compassion pour les victimes, fit sauter maintes barrières, de telle sorte que le Droit de la responsabilité se répandit hors de ses frontières naturelles, au risque de fausser les équilibres et les mécanismes de tout le Droit[38] ». La nature réparatoire de la responsabilité civile s'est vu affectée à d'autres fonctions que les traditionnelles punitions de la faute et réparation du tort causé[39], ayant pour effet d'en élargir la base[40] et d'accroitre les moyens à disposition du juge pour remédier à des situations potentiellement dommageables. La responsabilité civile est devenue « Remède universel aux lacunes du Droit et aux défaillances du législateur[41] » selon l'expression de Ph. le Tourneau, ce qui, par l'amplitude d'expression de ces clauses générales, lui donne potentiellement vocation à régir toute situation non prévue[42], et ce d'autant mieux que l'éventail des modes de réparation en nature s'est élargi.

En matière extracontractuelle, - matière fusionnant les délits et les quasi-contrats[43] -, la jurisprudence française admet donc le principe de la réparation en nature, y incluant les diverses formes de restitution *in integrum* ; on les a déjà évoquées : condamnation du responsable à faire procéder à la remise en état d'un bien endommagé ou à toutes sortes de travaux utiles à la résorption du dommage ; condamnation à remettre à la victime une chose équivalente à celle détruite ; on y ajoute les mesures de rétablissement moral parmi lesquelles on compte la publication de la condamnation, ainsi que les mesures d'expulsion, de cessation d'une activité illicite, ou même licite en cas de trouble anormal de voisinage.

Sur ce dernier point[44], les partisans de la limitation de la liberté du juge quant au choix des remèdes, tentent d'imposer en doctrine une rhétorique qui consiste désormais

37 R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil,* Dalloz, 3e éd. 1964 ; G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, rééd. 2013 ; une anthologie, S. Carval, *La construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001.

38 Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz Action 2014-2015, n° 11, p. 9.

39 M. Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, UTET, 2011, p. 1 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 325 *et sq.*

40 L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tome II, 1939, n° 417, p. 236.

41 Ph. le Tourneau, 2014/2015, n° 11, p. 9 : « Souvent, lorsqu'aucune autre voie juridique ne se présente, l'*ultimum subsidium* est la responsabilité civile. Il est heureux qu'il en aille de la sorte. Amie fidèle des victimes désemparées, elle est un remède universel aux lacunes du Droit et aux défaillances du législateur (...) La responsabilité civile, ample vêtement, pliable à tous sens, s'adaptera vaille que vaille aux circonstances ».

42 F. Leduc, « Responsabilité civile et les autres disciplines du droit privé », *Resp. civ. et ass.*, mai 2017, dossier 10.

43 M. Boudot, « La classification des sources des obligations au tournant du XXe siècle », in V. Mannino et C. Ophèle, *L'enrichissement sans cause - La classification des sources des obligations* (Études réunies par), LGDJ, 2007, p. 131.

44 La doctrine théorise la cessation de l'illicite : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008 ; F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz 2014, p. 121 *et sq.* ; G. Viney, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », in B. Dubuisson et P. Jourdain, *Le dommage et sa réparation*

à distinguer réparation en nature et cessation de l'illicite : pour la première, le juge disposerait d'une faculté souveraine d'appréciation du mérite de la demande, pour la seconde, le juge serait tenu par elle une fois constatés l'existence du trouble illicite et le caractère obligatoire de la cessation[45].

Pour l'heure la jurisprudence n'assimile pas clairement cette distinction doctrinale entre cessation de l'illicite (qui fait le lien avec la protection *inibitoria* ou défensive[46]) et réparation en nature, sa position de principe ne varie pas : rien n'échappe à l'appréciation et au contrôle d'opportunité du juge. Et d'un point de vue procédural, la victime doit solliciter la réparation en nature pour l'obtenir, et rien ne vient heurter son droit de préférer les dommages et intérêts à savoir l'argent, plutôt qu'un rétablissement à l'identique.

2. L'émergence et l'extension du domaine de la réparation en nature ne se sont pas accompagnées d'une liberté pour le juge d'affecter les dommages et intérêts à la réparation du dommage. Aujourd'hui, la généralisation du recours à la « réparation en nature » interroge sur ce point demeuré jusque-là évident : en droit français, les dommages et intérêts, contractuels comme délictuels, ne sont pas soumis à un principe d'affectation[47]. Le principe de libre disposition des dommages et intérêts signifie que lorsque le juge ordonne une mesure de réparation en argent, il n'a ni l'obligation, ni la faculté d'affecter cette indemnité à la réparation du dommage. Ce principe conçu comme l'accessoire de la réparation intégrale, consiste à refuser tout contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime, laquelle peut librement en jouir[48]. Cette position se revendique de la liberté de gestion de son patrimoine ou de son corps. Le juge ne peut décider d'affecter la somme allouée à la réparation d'une chose ou à des actes médicaux destinés à améliorer l'état de la victime. Il ne peut pas non plus faire dépendre le montant de l'indemnité de la production de justificatifs de dépenses effectuées[49]. Chaque victime est libre de s'offrir un voyage plutôt qu'une prothèse. Du même ordre, lorsqu'il est question d'un dommage

---

dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé, Bruylant 2015, p. 7 *et sq.* ; Ph. le Tourneau, 2014-2015, n° 2449-1 *et sq.*

45 Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4e éd., *préc.* n° 605, p. 415.

46 C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, p. 92 *et sq.*

47 Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n.° 02-20199 « le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui conserve leur libre utilisation » ; voy. G. Viney et P. Jourdain, *in* J. Ghestin, *Traité de droit civil,* LGDJ, *Les effets de la responsabilité*, 3e éd., 2010, n° 56.

48 Cass. 3e civ., 29 mai 2013, n° 12-17349 : « attendu qu'ayant relevé que les époux X... demandaient réparation des dommages résultant de la faute de leur avocat, la cour d'appel a exactement retenu, sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, que même si elle était calculée par référence au coût de financement des travaux nécessaires à la réparation, la somme allouée n'était pas soumise au régime et aux mécanismes de l'assurance dommages-ouvrage et que, dès lors, les époux X... n'étaient pas tenus de justifier de l'emploi des fonds obtenus », *RDC* 2013/4, p. 1345, obs. S. Carval ; Cass. crim., 2 juin 2015, n° 14-83967 : « en subordonnant l'indemnisation de M. C. à la production de justificatifs, alors qu'il lui appartenait, pour liquider son préjudice, de procéder à la capitalisation des frais futurs, en déterminant le coût de ces appareillages et la périodicité de leur renouvellement, en exigeant la communication des décomptes des prestations que ces organismes de sécurité sociale envisageaient de servir à la victime et en recourant, en tant que de besoin à une nouvelle expertise et à un sursis à statuer, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé » ; v. aussi, Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-83285.

49 M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, in C. Larroumet, *Traité de droit civil,* V, Economica, 3e éd., 2016, n° 595, p. 712-713.

matériel, l'*assuré qui a droit au règlement de l'indemnité n'est pas tenu - sauf clause particulière - de l'employer à la remise en état [du bien] endommagé*[50].

Mais au-delà, et pour faire bref, le juge français n'a pas les moyens de constituer un patrimoine fiduciaire ou un trust affecté à la réparation des dommages de la victime, même lorsqu'il s'agit de grand handicap. La réparation en nature serait-elle un remède d'équité, elle ne peut aujourd'hui être imposée à la victime, ni à ses créanciers. Beaucoup et principalement les assureurs regrettent que l'affectation des dommages et intérêts ne viennent pas suppléer les manques de la réparation en nature[51]. Les arguments avancés sont de deux ordres : organiser le suivi des « projets de vie » des personnes handicapées et lutter contre la fraude ; et bien sûr, en arrière-plan, la maîtrise des dépenses autant que la minimisation des risques d'aggravation.

Et bien plus, alors que l'affectation des dommages et intérêts est un enjeu resté plutôt marginal jusqu'à présent, rangé parmi les évidences, la puissance symbolique des nouveaux articles 1246 *et sq.* du Code civil relatifs à la réparation du préjudice écologique, interroge la perspective d'une généralisation[52]. Entre réparation en nature et affectation des sommes allouées à une fin particulière « in forma specifica », il y a manifestement un cousinage, si ce n'est un vase communicant. Au-delà du tabou et du maintien symbolique de la libre disposition des dommages et intérêts, l'affectation des dommages et intérêts s'apparente à une réparation *in forma specifica*, et inversement, la réparation en nature du dommage apparaît bien alors comme un pis-aller, voire un déguisement, une affectation qui ne dit pas son nom.

Autre manière de comprendre les choses pour construire politiquement un système codifié de contrôle des pouvoirs du juge, où la réparation en nature occuperait le premier rang, le Législateur devra politiquement composer avec la liberté perdue par chacun, car pour l'heure :

- à condition qu'elle lui soit demandée, le juge est libre de choisir entre réparation en nature et dommages et intérêts. Le juge n'est pas tenu d'accorder la mesure sollicitée par le demandeur, mais peut en ordonner une autre ;

- du point de vue du débiteur de la réparation, le juge ne peut imposer ce qui est impossible, et ne peut exiger du débiteur ce que sa liberté individuelle l'autorise à refuser ;

- du point de vue du créancier à la réparation, si le juge lui octroie des dommages et intérêts, ils ne doivent pas être affectés à l'exécution d'une mesure spécifique de réparation.

Nunc transeamus à ce que propose le projet de réforme du 13 mars 2017.

50 Cass. 1re civ., 16 juin 1982, n° 81-13080.

51 Association Française de L'assurance, *Livre Blanc sur la réparation du dommage corporel,* 2008 ; P.-Y. Thiriez, « De la légitimité de l'assureur à participer au projet de vie de la victime », *Gaz. Pal.* 30 juill. 2011, n° GP20110730001, p. 3 ; adde Dossier : Grand handicap et actualité du dommage corporel, *Gaz. Pal.* 7 août 2014, n° 175 s 2, p.5 : Ph. Brun, *Gaz. Pal.* 7 août 2014, n° 184w4 ; B. Barry, préc. ; S. Hourdeau (dir.), *Assurance et droits fondamentaux,* Argus de l'assurance (Cahier pratique, 17 mai 2018) ; C. Soresina & G. Vallar, « Les pratiques et expériences italiennes en matière de réparation en nature du préjudice corporel grave », Niort, 10 nov. 2017 (non publié) ; J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1142.

52 Quelques exceptions à mentionner : par ex. art. L. 121-17 C. ass. ; et sur ce, voy. B. Barry, *La réparation en nature*, cit., p. 437 ; F. Leduc, « Régime de la réparation », *JurisClasseur Responsabilité civile et assurances*, Fascicule 201, n° 31.

II. Prospective politique

L'analyse du concept de « réparation en nature » utilisé par le projet de réforme du 13 mars 2017 nous impose, d'abord une halte sur sa définition, ensuite un examen de l'articulation avec les dommages et intérêts. La mise au clair proposée des « effets de la responsabilité » se déroule en 5 sous-sections comptant 31 articles ; 1/ La réparation en nature, 2/. Les dommages et intérêts, 3/. L'incidence de la pluralité de responsables, 4/. La cessation de l'illicite, 5/. L'amende civile.

Les deux premiers textes de la section fixent le cadre, que l'on peut dire symbolique, par la primauté d'un retour à un *status quo ante* idéal.

> **Pr. Article 1258.** La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.
>
> **Pr. Article 1259.** La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

À défaut de distinction, les principes proposés seraient communs aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et se situeraient géographiquement dans le livre III du Code civil. Mais rien n'est précisé quant à leur applicabilité à des situations de manquement à des droits réels, comme si cela semblait évident. Le livre II du Code civil, consacré aux biens, n'a pas été modifié, et sa réforme n'est pas programmée dans un futur proche.

A. Les ambiguïtés lexicales de la réparation en nature du dommage dans le projet

On compte d'un point de vue lexical et doctrinal, quelques expressions dont la géométrie rend la métonymie facile et l'ambiguïté omniprésente. Au sortir d'une controverse qui aura duré plus de 20 ans et voit triompher la responsabilité contractuelle contre l'exécution par équivalent, il sera utile de distinguer les usages de « réparation en nature » valant en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle, de « l'exécution forcée en nature » en matière contractuelle ; mais aussi réparation par équivalent monétaire, et réparation par équivalent non-monétaire, dite aussi « en nature »[53]. Il faudrait pouvoir distinguer la réparation en nature de l'atteinte au droit sur la chose et la réparation de la chose endommagée, mais le projet ne veut pas adopter de telles distinctions. Encore une fois, rien n'est fortuit : l'idéologie dominante est celle de l'unité des responsabilités, et avec elle, la volonté de ne pas considérer séparément les modes de réparation/remédiation des dommages extracontractuels et contractuels. Les mécanismes restitutoires relevant du champ extracontractuel, se retrouvent dans la réparation en nature, mais demeurent toujours entre deux eaux, tiraillés par le renvoi des quasi-contrats aux restitutions contractuelles, et les restitutions du droit des biens.

Mais avant toute chose, il faudrait savoir si les termes « dommage » et « préjudice » répondent à des usages distincts et précis, ou s'ils sont utilisés de manière synonyme, alternative et aléatoire.

53 E. Debily, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Thèse Poitiers, 2002.

1) Dommage et préjudice

Contrairement à l'italien « pregiudizio », l'usage français contemporain du terme « préjudice » ne retient plus le sens de *préjugé/préjugement* que l'on retrouve dans l'expression « sans préjudice de mes droits » ou dans la question « préjudicielle ». Dans le registre de la responsabilité, « préjudice » désigne seulement *ce dont on souffre*, et ce dont on souffre est aussi appelé « dommage » mais encore lésion, *injuria*, tort, dégât, méfait, voie de fait, atteinte. À défaut de disposer d'un terme univoque, sans connotation morale ou physique, pour signifier sans ambiguïté *ce dont on souffre*, le Code civil du Québec [1991] a abandonné l'utilisation du terme *dommage* pour généraliser celui de *préjudice* dans le Chapitre consacré à la Responsabilité civile (art. 1457 *et sq*. CcQ). La version anglaise a préféré le terme *injury*. Inversement, le projet belge de la réforme de la responsabilité civile [2017][54] a choisi de généraliser l'usage de *dommage* en abandonnant *préjudice*, en néerlandais *schade*. Dans les *Principles of European Tort Law*, la version française utilise alternativement *dommage* et *préjudice*, la version anglaise utilise plus *damage* qu' *injury*, la version italienne plus *danno* que *lesione* : mais rien ne permet d'affirmer qu'il y a là des distinctions conceptuelles, d'autant que les différentes versions ne les font pas coïncider.

En France, des usages de « dommage » et « préjudice », aucun ne s'est véritablement imposé sur l'autre depuis deux siècles. Bon nombre d'auteurs[55], et pas nécessairement les partisans de la thèse de l'exécution par équivalent dans la controverse sur la responsabilité contractuelle, ont adopté une distinction normative pour règlementer l'usage des mots, et en finir avec leur synonymie[56]. Les projets Terré[57] et avant lui Catala[58], avec plus ou moins de conviction, ont prolongé la proposition doctrinale : le dommage est défini comme une atteinte subie dans la chose ou dans le corps, de sorte que la réparation en nature est un moyen de réparer la chose elle-même, de lui rendre son état de marche, de remettre le corps d'aplomb. C'est un sens concret qui est donné ici à cette modalité de la réparation parce que le dommage ainsi conçu est localisé : la chose abimée, le corps blessé souffrent en un lieu précis. Le dommage a *un siège*, dit-on. Par extension, le dommage peut être moral lorsqu'il se situe dans les sentiments ou purement patrimonial

54 Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, 30 sept. 2017 ; voy. les récents travaux du GRERCA (Bruxelles, 7 et 8 déc. 2018) à paraître.

55 Suivant les pas de Ph. le Tourneau, continué par C. Bloch, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018/2019, 2122-22 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8e éd., 2015, n° 29 *et sq*.

56 Parler de restauration de la distinction *damnum / praeiudicium* pour laisser entendre qu'elle opérait déjà en droit romain, pour en justifier l'usage souhaité et qu'il ne serait pas anachronique de l'utiliser telle quelle, est parfaitement fallacieux : voy. les opinions doctrinales rapportées par C. Bloch continuant Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018/2019, 2122-22.

57 F. Terré (dir.), *Pour une réforme de la responsabilité civile* 2010, Dalloz, 2011, article 8, 50, 56 *et sq.* ; F. Remy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité civile délictuelle », *eod. loc.*, p. 61, nº 16.

58 P. Catala (dir.), *Av-Projet de réforme du droit des obligations*, 2005, La documentation française, 2006, art. 1343, note 19 : Dans toute la mesure du possible, le groupe a essayé de donner des sens distincts aux termes « dommage » et « préjudice », le dommage désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte.

lorsqu'il est souffert sur des biens[59]. Ainsi conçu, le dommage est condition à la mise en œuvre de la responsabilité, c'est une atteinte factuelle contre un intérêt protégé par le droit (Pr. Terré, art. 8).

Les préjudices viennent ensuite ; le pluriel est signifiant qui sous-entend l'existence de types spéciaux, politiquement élus, de droit à réparation. « Les préjudices » réfèrent aux suites du dommage, aux intérêts spécifiques lésés par voie de conséquence, éligibles à la réparation. « Le préjudice, qui est la conséquence de la lésion, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage : une atteinte à l'intégrité physique, c'est-à-dire un dommage corporel, peut ainsi engendrer des préjudices patrimoniaux (comme la perte de salaires, des frais médicaux et d'hospitalisation…) et des préjudices extrapatrimoniaux (des souffrances morales, une diminution du bien-être…) »[60].

Cette *divisio* appelle un commentaire parce qu'elle n'est pas toujours limpide. Ses promoteurs ont peut-être des projets ou des visées différents : d'un côté, elle sert la mise en exergue de la spécificité du dommage corporel, c'est ainsi que la conçoivent Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon[61] dans leur ouvrage de référence : *Les préjudices relèvent de l'ordre du droit et expriment l'atteinte aux droits subjectifs, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, de la personne juridique ; le langage juridique emploie l'expression un peu obscure de « chef » ou de « poste » de préjudices pour en opérer une catégorisation et une nomenclature susceptible d'en éviter une atomisation ingérable en droit*. Si l'on peut dire rigoureusement, dans cette perspective, le préjudice est le dommage qualifié par le droit pour passer l'examen de réparabilité, et c'est pourquoi au sens strict, seul le préjudice est réparable, non le dommage[62]. C'est très compréhensible lorsque l'on parle du corps humain : la jambe coupée (dommage) entraine un déficit de motricité (préjudice), soit un « chef » de préjudice réparable, dont la réparation sera (ou non) ordonnée. Les soins, les prothèses, les indemnités ordonnés ne sont pas conçus comme des moyens de réparer le corps lui-même, siège du dommage matériel, mais des moyens de réparer la lésion consécutive des droits sur son corps, préjudices dont la victime se prévaut. En arrière-plan, on pressent que la cohérence de cette présentation repose sur le postulat symbolique que le corps humain blessé ne peut être restitué à son état antérieur quelles que soient les mesures adoptées, et qu'en conséquence, le système juridique n'offre qu'un rétablissement des droits au moyen de fictions compensatoires. Cela conduit ces auteurs à ne pas utiliser l'expression « réparation en nature » pour désigner les mesures de réparation des

59 Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8e éd., 2015, n° 29 : Les dommages relèvent de l'ordre des faits ; judicieusement les assureurs en opèrent la classification en trois grandes catégories : – les dommages corporels sont définis comme l'atteinte à l'intégrité physique et/ ou/ psychique de la personne humaine, – les dommages matériels s'entendent de l'atteinte à l'intégrité d'un bien matériel ou à la substance d'une chose, – les dommages immatériels, dits « purs » s'ils ne résultent ni de l'un ni de l'autre, visent notamment les affaires économiques et financières. (…).

60 C. Bloch continuant Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018/2019, 2122-22.

61 De même, S. Porchy-Simon, *Droit civil 2e année, Les obligations*, Dalloz, 11e éd., 2019, p. 464, n° 922 *et sq*.

62 Voir égal. Groupe de travail du Conseil national d'aide aux victimes, Rapport au ministre de la Justice : Y. Lambert-Faivre, « L'indemnisation du dommage corporel », 2003, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/syntheseindemcorp.pdf / : Proposition n°1 : Clarification des concepts en distinguant le « dommage » corporel (= fait matériel causant une atteinte à l'intégrité physique et psychique) et les « préjudices » juridiquement indemnisables (atteinte à un droit patrimonial ou extra patrimonial).

préjudices corporels, réservant « prestations en nature » pour signifier des mesures *in forma specifica* exécutées hors du champ de la responsabilité civile par la Sécurité sociale, ou dans le cadre d'assurances de dommage[63].

D'un autre côté, Ph. Le Tourneau, continué par C. Bloch et M. Poumarède, ne porte pas son attention exclusivement sur le corps humain et embrasse aussi les dommages causés aux biens : comme effet de la responsabilité, l'obligation de réparer le préjudice sera satisfaite (au moins partiellement) par la réparation de la chose même, à savoir le rétablissement de la chose dans son état antérieur lorsque cela est symboliquement admissible. Une automobile réparée est bien la même chose qu'avant son accident si elle remplit les mêmes fonctions, quoique sa valeur ait pu diminuer, cette perte de valeur étant un préjudice. Vue sous cet angle, la réparation a deux objets possibles : le dommage et le préjudice qui en découle. « *Autant que faire se peut, la réparation doit tendre en premier lieu à prévenir ou à faire cesser le dommage ou son aggravation ; elle doit réduire les effets produits par le fait générateur dans leurs manifestations matérielles et concrètes. Lorsqu'elle est possible, la remise en état s'impose au juge, peu importe qu'il la prononce directement en condamnant le responsable à la réaliser lui-même (réparation du dommage en nature) ou qu'il la prononce indirectement en condamnant le responsable à verser à la victime le coût de sa réalisation (réparation du dommage en valeur). Pour ce qui est des répercussions passées du dommage et, si la remise en état est impossible ou partielle, pour ses répercussions futures, il s'agira de réparer les préjudices subis par la victime, c'est-à-dire les conséquences subjectives du dommage sur la victime. Là encore, peu importe que le juge s'y emploie en nature (réparation du préjudice en nature) ou en valeur (réparation du préjudice en valeur). Pour compenser le préjudice moral que la victime d'une atteinte à la vie privée a subi, le point de savoir s'il vaut mieux publier la décision (réparation en nature du préjudice) ou attribuer un prix à sa souffrance morale (réparation en valeur du préjudice), est affaire de casuistique ; au juge de trouver la compensation la plus adéquate à la situation de la victime* »[64]. Il y aura donc quatre catégories à distinguer : 1) réparation du dommage en nature ; 2) réparation du dommage en valeur ; 3) réparation du préjudice en nature ; 4) réparation du préjudice en valeur.

Dans cette quadripartition, « en nature » peut être traduit par « *in forma specifica* », et « en valeur » par « en argent »[65]. La réparation au moyen d'un équivalent fongible non-monétaire n'apparait pas à proprement parler, mais le remplacement, à savoir la fourniture d'une chose équivalente est compté parmi les formes de réparation en nature.

Le projet du 13 mars 2017 semble opter pour une approche distinguant « dommage » et « préjudice » à travers une conception du préjudice réparable conséquentiel du dommage, définition commune aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial (Pr. art. 1235) ». Comme Y. Lambert-Faivre le recommandait dans le rapport 2003 précité, ce qui est objet de la réparation se nomme préjudice, et c'est la condition juridique de la responsabilité civile, là où le dommage n'est qu'un siège factuel. Ce choix semble maintenu pour les définitions des

63 Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, n° 401 *et sq.*

64 C. Bloch et M. Poumarède continuant Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018/2019, 2311.51.

65 Ainsi que le dessine le plan de l'ouvrage (Titre 231).

préjudices particuliers ; on le rencontre dans les intitulés de la Section « Règles particulières à la réparation des préjudices résultant de certaines catégories de dommages », [Sous-section 1, ss 2, ss 3, ss 4].

À côté du « préjudice » ainsi défini, le seul terme « dommage » est utilisé pour signifier la condition factuelle de mise en œuvre de la responsabilité, qui a été causée par le fait générateur (Pr. art. 1234, 1237, 1239, 1240, 1241, 1242, 1244, 1245, 1249, 1250). Le projet paraphrase des formules anciennes : on est responsable du dommage causé par sa faute (Pr. art. 1241) ; on est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde (Pr. art. 1243). On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posés par [les articles qui suivent] (Pr. art. 1245).

En outre, en ce qui concerne les formes de réparation, la distinction est présente à l'article 1262 du Projet qui régit l'indemnisation en argent et articule « la valeur du préjudice » et « le jour de la manifestation du dommage », « dommage corporel » et « chef de préjudice ». Le dernier alinéa de ce texte pose « Chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement », ceci sous-entend que les dommages et intérêts ne réparent *que* des préjudices.

Ce qui précède fait écho aux articles 1260 et 1266 du Projet : « La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage », « En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur », et donne à penser que la réparation en nature au sens large, comprenant les mesures d'anticipation, est une forme de réparation du seul dommage. Ceci étant posé, la réparation du préjudice écologique adopte un profil anomal puisqu'elle s'effectue « en priorité en nature » (Pr. Art. 1279-4). Mais ce n'est pas là qu'une interrogation demeure.

Que veut dire *compenser le dommage* ?

Pour la réparation d'une atteinte à un bien corporel, l'article 1278 du projet de 2017 puise dans le projet Terré (art. 65) : « En cas d'atteinte à un bien corporel, l'indemnité est de la plus faible des deux sommes représentant le coût de la remise en état et celui du remplacement du bien, sans qu'il soit tenu compte de sa vétusté ni de la plus-value éventuellement inhérente à la réparation. Lorsque le bien ne peut être ni remis en état, ni remplacé, l'indemnité est de la valeur qu'aurait eue le bien au jour de la décision, dans son état antérieur au dommage ». D'un point de vue lexical, l'*indemnité* réfère à un *dédommagement* pécuniaire ; plus largement *dédommagement* qui n'est pas employé par le projet, est entendu comme tout type d'avantage accordé en compensation ou réparation d'un tort ou d'un dommage subi[66]. *Indemnité* est utilisée en ce sens par le projet.

L'interrogation qui demeure est posée par la lettre de l'article 1260 : « La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage[67] ». Si donc, le projet abandonne la synonymie entre « dommage » et « préjudice », ce que l'on peut observer clairement pour l'ensemble des règles communes et spéciales gouvernant l'indemnisation des préjudices consécutifs à des dommages corporels, cette division devient pour le moins poreuse pour la réparation des préjudices consécutifs à des dommages aux biens.

66 http://www.cnrtl.fr ; v^is indemnité, dédommagement, compensation.

67 Formule déjà présente à l'article 51 du Projet Terré, 2010.

Selon la quadripartition des formes de réparation proposée par Ph. le Tourneau, la remise en état d'un bien s'effectue prioritairement en nature, soit en valeur. « En valeur » signifie *indirectement* au moyen d'une indemnité compensatrice du travail de restauration ou du remplacement de la chose. C'est en substance ce que dit l'article 1278, mais pour les seuls *préjudices*, alors que la quadripartition tournéenne, vise prioritairement les *dommages*.

Les dommages, dit le projet, sont compensables en nature (non en valeur puisque ce sont les seuls préjudices qui peuvent être compensés par des dommages-intérêts). Si l'on entend par là qu'une chose fongible (ou non) peut en remplacer une autre, qu'une prestation peut en remplacer une autre (l'article 1260 s'appliquerait aussi à la responsabilité contractuelle), qu'une prestation peut être substituée à une chose, la réparation en nature comprend toutes les formes de réparation par équivalent non monétaire. C'est ce qui se dégage aussi de l'article 1259 : « La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice ». Logiquement c'est le préjudice que le projet prévoit de réparer intégralement, car réparer le dommage, c'est par voie de conséquence réparer le préjudice. En effet, restaurer la chose, c'est supprimer ou réduire le dommage dans sa matérialité, dans son siège, et c'est réparer les préjudices par voie de conséquence, à savoir la lésion des droits sur la chose.

Mais obtenir un équivalent, même une compensation non-monétaire, ce n'est pas agir sur le siège du dommage. La chose reste cassée, et c'est bien pour cela que je la remplace. Autrement dit, la réparation en nature du dommage par compensation non-monétaire au sens de l'article 1260 se distingue de l'indemnisation du préjudice résultant de l'atteinte à un bien au sens de l'article 1278, uniquement par la teneur de ce qui est alloué en compensation, sans égard pour la distinction *dommage* et *préjudice* qui sont interchangeables.

En conclusion de ce premier point, il me semble clair que le projet a tenté de reproduire la distinction *dommage* et *préjudice* que l'on rencontre dans la littérature doctrinale concentrée sur le dommage corporel. Il y parvient parce que au sens strict, le dommage corporel n'est pas réparé, et ce sont les préjudices qui sont réparables. Mais concernant les atteintes aux biens, l'utilisation de la distinction perd toute sa rigueur. La bipartition du projet séparant réparation en nature du dommage/réparation en argent des préjudices, est insuffisamment performante pour savoir si l'équivalent non-monétaire de remplacement répare un dommage ou un préjudice. Et si cela n'a pas d'importance, c'est que le projet se satisfait d'un usage approximatif de la distinction *dommage* et *préjudice*.

C'est un flottement que l'on retrouve, qui se poursuit et qui s'amplifie à l'examen d'une autre distinction doctrinale intégrée au projet : *réparation en nature* et *exécution en nature*.

2) Réparation en nature et exécution en nature

En consacrant l'unité de principe des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle, le projet propose la consécration de la thèse qui fait « exister » la responsabilité contractuelle[68] en offrant au justiciable, contractant ou non, un droit commun des effets de la responsabilité à travers ses modes de réparation. Nous

68 M. Boudot, « La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre… » *dans cet ouvrage* ; H. Boucard, *Rép. Dr. Civil*, Dalloz, v°Responsabilité contractuelle, 2018 ; M. Faure-Abbad, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz* 2007 p. 165.

l'avons déjà souligné, le principe d'une réparation en nature est doté d'une triple fonction : supprimer, réduire et compenser le dommage[69] qui vaut autant en matière contractuelle qu'extracontractuelle[70]. Résultat immédiat, les dispositions communes entrechoquent les remèdes propres à l'inexécution déjà consacrés par l'ordonnance du 10 février 2016, en particulier la faculté de remplacement prévue à l'article 1122 de la section « Exécution forcée en nature ». Celle-ci, dans les limites du raisonnable, offre au créancier la possibilité d'obtenir satisfaction grâce à l'exécution réalisée par un tiers, et le cas échéant la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation contractuelle. Mais s'agit-il encore vraiment d'une exécution forcée en nature ? Si c'est le cas, - et c'est bien ce que nous indique l'intitulé de la sous-section -, aucune correction, aucune reprise d'exécution défectueuse ne peut être regardée comme « réparatoire ». Ce n'est pas une nouvelle obligation née de l'inexécution contractuelle qui vient réparer le préjudice, c'est l'obligation contractuelle elle-même à qui la loi ou le juge prescrivent le remplacement forcé ou la destruction forcée comme remèdes. Il est en outre prévu la restitution des sommes exposées, sous-entendu en argent, non en nature.

Dans le projet, les dispositions propres à la responsabilité contractuelle prévoient successivement : « Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre (Pr. Art. 1250) ». « Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat » (Pr. Art. 1251). « La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution » (Pr. Art. 1252). Mais il faut tenir pour applicables à la matière contractuelle tous les textes du chapitre IV relatifs aux effets de la responsabilité, qui ne seraient pas réservés à la responsabilité extracontractuelle. Ainsi l'article 1260 du projet pour supprimer, réduire et compenser le dommage contractuel.

Une première observation nous conduit à nouveau sur le terrain de la définition du dommage et du préjudice pour dire qu'ici, rien ne permet d'affirmer que le projet observe une semblable distinction. Au contraire, le projet reprend à son compte la synonymie doctrinale entre dommage prévisible et préjudice prévisible. « Les conséquences de l'inexécution » de l'article 1251 sont « le dommage » de l'article 1250, réparable lorsqu'il est prévisible.

On remarquera donc, en guise de seconde observation, que l'article 1260 appliqué en matière contractuelle, devrait pouvoir se lire « La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage ou le préjudice prévisible ».

Ceci étant dit, l'enjeu assumé par le projet est de proposer une articulation des dispositions relatives à la responsabilité contractuelle, et celles déjà en vigueur régissant l'inexécution du contrat aux articles 1217 et suivants du Code civil. L'actuelle sous-section 5 « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » sera

69 On mentionnera une différence qui pourrait avoir son importance, la référence explicite au libre choix du juge qui apparaissait dans l'article 1368 de l'Av.-Pr. Catala, et que l'on retrouve aussi en substance dans l'article 50 du Pr. Terré « le juge détermine…, » a formellement disparu du projet de 2017.

70 Comp. Z. Jacquemin, « Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité », *RDC* 2016, p. 808 pour qui en matière contractuelle, il ne doit y avoir de réparation en nature que l'exécution forcée.

nécessairement refondue, au moins pour harmoniser la langue, éviter les doublons, et faire place aux dispositions communes régissant l'indemnisation en argent. Et pour assurer la réparation intégrale du préjudice/dommage prévisible, le projet propose d'ajouter à l'exécution forcée en nature des articles 1221 et 1222 du Code civil, la réparation en nature de l'article 1260 Pr. ; mais la construction différenciant *réparation en nature* et *exécution en nature* est très discutée en doctrine.

Comment distinguer « exécution forcée en nature » et « réparation en nature » sans appeler d'équivalent ? Selon Fabrice Leduc, « Il y a exécution forcée en nature lorsque la mesure ordonnée par le juge tend à procurer au créancier exactement l'avantage qu'il attendait du contrat, de telle manière que le créancier se trouve rempli de ses droits contractuels ; il y a réparation en nature lorsque la condamnation en nature prononcée par le juge, sans procurer au créancier exactement la satisfaction promise, tend, plus modestement, à effacer ou atténuer le dommage contractuel ou, à tout le moins, à attribuer au créancier un équivalent en nature de l'avantage escompté. Ainsi, ordonner une mesure d'interdiction, sous astreinte, de poursuivre la commercialisation d'un produit effectuée en violation d'une obligation de ne pas faire, c'est prononcer une mesure d'exécution forcée en nature ; en revanche, condamner un dépositaire à restituer non pas la chose même qu'il a reçue en dépôt, dont la perte lui est imputable, mais une chose de même nature pouvant se trouver dans le commerce, c'est prescrire une mesure de réparation en nature[71] ». Ce n'est pas simple, parce que la frontière même avec la réparation par équivalent n'est pas nette[72] ; la chose à restituer par le dépositaire n'est-elle pas un équivalent de celle perdue ? Sinon, cela voudrait-il dire que le juge puisse condamner le débiteur de l'obligation mal exécutée à satisfaire le créancier de l'obligation contractuelle en lui procurant une chose ou en faisant quelque chose qui n'entrerait pas dans les prévisions contractuelles ? Il est possible de condamner le dépositaire, l'emprunteur, ou tout personne ayant obligation de restitution, en procurant un équivalent fongible ; c'est le principe même de la fongibilité. Si donc les responsabilités contractuelle et extracontractuelle assurent une fonction réparatoire en nature, le juge peut condamner le débiteur défaillant à compenser les pertes ou le gain manqué de toute autre manière que par un équivalent monétaire : à fournir la jouissance d'un bien ou même en transférer la propriété ? Exécuter une prestation non prévue ? En matière extracontractuelle, le projet Terré avait conditionné la réparation en nature au respect des libertés fondamentales du défendeur et à l'exigence de proportionnalité (art. 51 al. 1, 2e phrase). Le projet n'a pas reproduit ses limites tout en étendant son domaine. Les rédacteurs du projet imaginent-il que le juge puisse condamner un débiteur contractuel à exécuter une obligation de faire non consentie *ab initio ?* À la conclusion forcée d'un acte juridique ? À des travaux forcés civils ? On peut aussi imaginer que le débiteur soit obligé de s'excuser pour le tort causé et fasse acte de contrition, et certains augures verront dans cette réparation *in forma specifica* se dessiner le spectre de la contrainte par corps. Trêve d'exagération, ce sont bien quoi qu'il en soit, des problèmes de constitutionnalité que devra affronter sur ce point le projet de réforme.

71 F. Leduc, « Régime de la réparation », *JurisClasseur Responsabilité civile et assurances*, Fascicule 201, n° 31 ; également, G. Viney et P. Jourdain, in J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, *Les effets de la responsabilité*, 3e éd., 2010, n° 14-1, 27 *et sq.* ; M. Poumarède, in Ph. Le Tourneau, 2018/2019, 3213.52 « Réparation en nature, histoire d'un faux concept ».

72 P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4e éd., 2016, n° 603 *et sq.*

En conclusion de ce second point, si l'exécution forcée en nature permet au créancier d'une obligation d'obtenir le remplacement, si elle lui permet d'obtenir la destruction de ce qui a été mal réalisé, et toujours, sous condition de proportionnalité, l'exécution de ce qui a été promis, que reste-t-il à la réparation en nature du dommage/préjudice contractuel qui pourrait passer la rampe du Conseil constitutionnel ? Restitution, restauration, remise en état d'un bien appartenant au créancier, soit. La déchéance d'un l'usufruit conventionnel, soit mais dans ces deux premiers cas, on peut aussi y voir la prévalence des droits sur les choses. L'annulation d'une décision en cas d'abus de majorité ? Possible. La condamnation à conclure un contrat ? Cela fait l'objet de discussion, et des auteurs ont déjà souligné les risques d'inconstitutionnalité qui pèsent sur la sanction *in forma specifica* de promesse unilatérale non tenue[73]. Condamnation à nover ou à prolonger un contrat arrivé à son terme ? Effectivement cela pourrait être « réparation en nature » du dommage contractuel, qui ne soit pas une exécution forcée d'une obligation contractuelle, mais il est difficile d'imaginer un tel remède sans garantie légale des droits du débiteur, c'est-à-dire sans système typique prescrivant les modalités de réparation *in forma specifica*, dont le créancier de l'obligation inexécutée pourrait exiger du juge qu'il la prononce. Or l'article 1260 du projet apparait plus comme une clause générale imprécise, que comme figurant un système détaillé.

B. Affectation des dommages et intérêts

En son temps, commentant le difficile et controversé article 1142 qui prévoyait que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, Larombière pensait que « L'autorisation de faire ou de défaire aux frais du débiteur n'a[vait] d'autre résultat que de remplacer une indemnité évaluée *a priori* à titre de dommages-intérêts par une autre indemnité plus exacte et déterminée *a posteriori* à titre de remboursements de salaires ou de dépenses[74] ». En effet, tout est question de moment, et d'anticipation. L'allocation d'une indemnité en argent peut avoir deux fonctions et servir deux buts : la première prospective qui est de compenser/réparer approximativement le dommage, en mettant l'équivalent monétaire, à la disposition de la victime, laquelle en disposera librement ou non ; la seconde rétrospective qui est de compenser/rembourser précisément les sommes dépensées pour l'exécution de prestations jugées réparatoires.

Le projet de 2017 conserve le principe de la libre disposition des sommes allouées, mais encore faut-il qu'elles le soient. Car si le juge peut imposer à l'une ou l'autre des parties la réparation en nature, cela reviendra à affecter une indemnité compensatoire à l'exécution d'une prestation équivalente. Comme un vase communicant entre réparation en nature *in forma specifica* et prestation en nature *in forma specifica*. Si le projet était allé au bout de sa logique, celle par laquelle il réserve un traitement particulier au dommage corporel, il aurait été sans doute plus clair de réserver d'un coté la réparation en nature *in forma specifica* au dommage matériel causé aux choses et au dommage patrimonial en général, qu'il faut réparer en ordonnant une mesure spécifique de remise en état ou de reconstitution, et de l'autre, les prestations en nature *in forma specifica* destinée à réparer

73 Code civil, art. 1124 ; M. Fabre-Magnan, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *Recueil Dalloz* 2015, 826 ; comp. Codice civile, art. 2932.

74 Larombière, I, p.512, n° 3.

ou accompagner la victime d'un dommage corporel, et pour lesquelles l'affectation des dommages et intérêts est privilégiée par les assureurs. À dire vrai, de ce point de vue, il me semble qu'il manque moins la volonté politique que les instruments conceptuels pour la gestion de fonds affectés. Mais patience, *les mondes du trust* sont en expansion[75].

Enfin, on notera que selon l'article 1264 du projet, la victime est libre de disposer des sommes allouées, mais à la différence des propositions doctrinales[76], la formule de ce texte n'annonce pas de circonstances particulières qui autoriseraient l'affectation. Elles existent pourtant dans le droit spécial de la réparation en nature du préjudice écologique, ou de l'assurance[77]. En outre, le projet crée l'amende civile, laquelle serait affectée à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi[78].

Pas plus que le *trust*, notre droit positif ne connait pas pour l'instant les *punitive damages*. Du moins pas officiellement. Certains auteurs, depuis longtemps, ont vu dans la pratique judiciaire qui indemnise largement le dommage moral, réparé par l'allocation de dommages et intérêts, ni plus ni moins qu'une punition déguisée du coupable (ou de celui qui a fait courir le risque), sans équivalence avec le dommage subi, sous-entendu patrimonial et seul réparable. Le nouveau texte limiterait l'amende civile au cas de faute lucrative ; mais en pratique, dans les domaines de la concurrence économique, de la consommation, même dans les rapports de voisinage, il sera difficile de ne pas trouver des fautes graves et délibérées commises en vue d'obtenir quelque gain ou économie. D'un point de vue théorique, l'affectation du montant de l'amende à un fonds présuppose la dimension collective de l'indemnisation, et on peut déjà voir ici un pis-aller permettant au juge d'affecter les dommages et intérêts individuels à la réparation d'un dommage de masse.

Post-scriptum.

Mon sentiment, et tant que le projet n'est pas adopté, tant qu'il demeure pure littérature politique, il me semble légitime de pouvoir en faire part. Mon sentiment est que la méthode employée par le Législateur français pour réformer le livre III du Code civil n'est pas satisfaisante, et même pourrait-on croire incohérente, mais je n'irai certainement pas jusque-là car rien n'est fortuit en politique. Insatisfaisante suffira donc.

Il y a d'abord le manque de moyens mis à la disposition du « Bureau » des obligations en charge de préparer les projets de réforme du droit des obligations et à propos duquel Madame de Cabarrus[79] s'était ouverte lors d'un colloque organisé à Poitiers,

75 L. Smith, *The Worlds of Trust*, Cambridge, 2013.

76 Projets Catala et Terré (art. 1377 et art. 55).

77 C. ass. Art. L. 121-17 : « Sauf dans le cas visé à l'article L. 121-16, les indemnités versées en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti doivent être utilisées pour la remise en état effective de cet immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette, d'une manière compatible avec l'environnement dudit immeuble ».

78 Pr. Art. 1266-1 : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile (…) Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ».

79 À l'époque *Chef* du Bureau du droit des obligations du ministère de la Justice à la direction des affaires civiles et du sceau.

où le sentiment avait parcouru l'auditoire que les rédacteurs des projets, sans doute contre leur propre gré, étaient plus sensibles aux rencontres de couloir, qu'à une logique systématique[80]. C'est qu'il faut être fortement armé conceptuellement pour résister au pragmatisme libéral qui lutte contre la resystématisation du droit civil à travers sa recodification. La victoire du pragmatisme est visible chaque fois que le législateur renonce à faire la loi et délègue à un juge - qui en France est rarement élu -, la détermination des conditions d'application des textes qu'il adopte. Je ne parle pas de l'utilisation législative de notions à contenu variable ou de standards dont la concrétisation permet au pouvoir judiciaire d'adapter la généralité de la règle aux exigences sociales[81], je parle d'un renvoi préconçu à la jurisprudence de la Cour de cassation pour faire la réforme : lorsque la loi ne précise pas les conditions auxquelles il peut y être dérogé, lorsqu'elle ne dit rien des mesures de contraintes qui accompagnent les sanctions qu'elle prévoit, quand elle en prévoit, lorsqu'elle n'indique pas la possibilité de concevoir des formes atypiques, lorsqu'elle reste silencieuse sur l'articulation du droit commun et des régimes spéciaux, des régimes spéciaux entre eux, bref quand elle s'abstient sur tout ce qui fait d'un code un système d'interprétation autant qu'un ensemble organisé de règles, par opposition à un inventaire de dispositifs sectoriels.

Ces absences sont multiples dans le texte adopté par l'ordonnance du 10 février 2016, désormais ratifiée par la loi du 20 avril 2018. En sera-t-il de même pour la réforme de la responsabilité extracontractuelle qui devra faire l'objet d'un examen parlementaire ? « Que veut dire *compenser le dommage* ? » Pour l'heure, la réponse du projet est : « On verra plus tard ce qu'en dira la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ».

Ensuite, la réforme du Livre III du Code civil se fait dans le désordre, où l'on avance en fonction de qui pousse le plus fort. Les sûretés en partie (2006), les libéralités (2006), l'introduction de la fiducie (2007), la prescription (2008), le contrat et le régime de l'obligation (2016), et nous sont promis pour bientôt la responsabilité extracontractuelle, les contrats spéciaux et les sûretés dans leur ensemble. Le livre II relatif aux biens et la propriété a fait l'objet d'un *restatement* doctrinal en 2008, mais sa réforme n'est pas programmée. Or il aurait fallu commencer par là. Comment penser la réforme du droit du contenu contractuel sans une mise à jour des textes sur la propriété ? Comment réformer les sûretés réelles sans penser l'articulation avec les droits réels que l'on dit principaux, surtout quand il est question d'abandonner l'accessoriété de ces mêmes sûretés ? Comment réformer la responsabilité du fait des choses, ou réglementer l'indemnisation des dommages causés aux choses, sans en articuler les régimes avec ceux des relations d'appartenance collective ?

Si les choses sont faites de manière décousue, cela aboutit à des résultats inattendus. En 2008, la réforme précipitée de la prescription extinctive a produit la disparition pure et simple de la règle fixant explicitement le délai d'usucapion de mauvaise foi des meubles à 30 ans. Aujourd'hui, la détermination de cette condition pour l'application d'une règle qui produit tout de même l'expropriation d'un bien au profit d'un possesseur de mauvaise foi, est laissée dans le vague… On verra bien ce que dira la Cour de cassation quand

80 Cela n'apparait pas dans le texte publié, qui représente une voix officielle, où l'on comprend alors que la méthode décrite n'a pas pu être celle employée, v. C. de Cabarrus, « Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », in L. Andreu et V. Forti, *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz 2016, p. 1 *et sq*.

81 Ch. Perelman et R. Van der Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

elle sera saisie du problème. Un résultat inattendu ? À moins que le résultat attendu ne soit atteint, à savoir la décousure du système conceptuel.

Car l'enjeu politique capital, sans éviter le jeu de mots, ce sont la propriété des choses et les relations d'appartenance, privée et collectives, des ressources destinées et affectées à des usages communs ou à la cupidité[82]. Tout le reste en dépend, l'entreprise, le travail, la faillite, et bien sûr l'environnement, la santé et l'éducation.

82 J. Stiglitz, *Le triomphe de la cupidité*, Babel Poche, 2013 ; U. Mattei et L. Nader, *Il saccheggio*, Mondadori, 2010 ; C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile,* Il Mulino, 2015.