

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Caractère indemnitare ou punitif des dommages et intérêts

Thunis, Xavier; Fosseprez, Bérénice

Published in:

Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X & Fosseprez, B 2015, Caractère indemnitare ou punitif des dommages et intérêts. dans *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle: études de droit comparé*. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, vol. 54, Bruylant, Bruxelles, pp. 237-310.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE VI
**CARACTÈRE INDEMNITAIRE OU PUNITIF
DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS**

Rapport belge

PAR

XAVIER THUNIS

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR

ET

BÉRÉNICE FOSSÉPREZ

ASSISTANTE À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR ET AVOCATE AU BARREAU DE BRUXELLES

1. En obligeant l'auteur d'un dommage à le réparer, la responsabilité civile le sanctionne mais ne vise pas à lui infliger une punition. Tel est, en bref, l'enseignement qui semble se dégager de la jurisprudence et de la doctrine belges. Dans un arrêt du 10 octobre 1972, la Cour de cassation a décidé, à propos du dommage moral, que « l'action en réparation d'un dommage moral n'a pas pour objet d'infliger une peine privée à la partie responsable du dommage ; que l'indemnité ne peut notamment être proportionnelle à la gravité des faits commis ; ... »⁽¹⁾.

En droit belge, le caractère indemnitaire des dommages et intérêts est presque un dogme. « Dans notre droit, écrit P. Van Ommeslaghe, la responsabilité civile n'a *jamais* pour fin d'imposer une sanction indépendamment de la réparation du préjudice, que ce soit pour punir l'auteur du fait dommageable ou pour le dissuader de réitérer son comportement » (nous soulignons)⁽²⁾. Malgré la fermeté de cette déclaration, on peut se demander si la responsabilité civile,

(1) Cass., 10 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 147.

(2) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1595.

au moins à la marge et de façon officieuse, ne remplit pas d'autres fonctions que la fonction strictement indemnitaire.

En droit commun des obligations, contractuelles ou extracontractuelles, la fonction de peine privée s'affiche rarement comme telle. Il arrive pourtant que la jurisprudence ou la loi aggravent le montant des dommages et intérêts dus à la victime en cas de comportement inacceptable de l'auteur du dommage. Il se peut aussi que certains dommages, pourtant difficilement évaluables ou réparables, tels que le dommage moral, fassent l'objet d'une indemnisation, ce qui invite à s'interroger sur la signification de celle-ci. Dans d'autres domaines plus spécifiques, tels que celui des droits de la personnalité ou des droits intellectuels, le caractère non indemnitaire des dommages et intérêts s'exprime plus ouvertement. Notre contribution a pour objet de repérer dans quelle mesure le droit belge des obligations et plus particulièrement de la responsabilité civile accepte que les sanctions qu'il édicte en cas de manquement comportent une certaine dimension punitive.

2. Ni le droit belge ni le droit français ne reconnaissent, à de rares exceptions près, les dommages exemplaires ou *punitive damages*, étant donné la prévalence du principe indemnitaire. Cette affirmation a sa part de vérité mais aussi ses limites. En analysant différents domaines et disciplines juridiques – droit des obligations mais aussi droit des assurances, droits de la personnalité, droits intellectuels ou encore droit judiciaire –, l'exposé précise la portée réelle mais relative du caractère indemnitaire des dommages et intérêts. Ceux-ci peuvent parfois poursuivre, concurremment à l'objectif de réparation, d'autres visées, préventives, dissuasives, voire punitives⁽³⁾.

Le décryptage des textes et de la jurisprudence n'est pas toujours aisé. La position très ferme de la Cour de cassation exposée plus haut invite les juridictions de fond à la prudence et les incite à s'exprimer sous le couvert d'une rhétorique indemnitaire d'autant plus

(3) Voy. sur ce thème en doctrine belge, CH. BIQUET-MATHIEU, « Rapport belge. Les peines privées », in *L'indemnisation*, Travaux Capitant, t. LIV, Paris, Société de législation comparée, 2007, pp. 43 et s. ; C. CAUFFMAN, « Naar een punitief Europees verbintenissenrecht ? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestaand karakter van het verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 2007, pp. 800 et s. ; J.-L. FAGNART, « La peine privée : une réalité qui dérange ? », in *Liber Amicorum F. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 135 et s.

crédible qu'elle revêt une forme monétaire. Le droit de la responsabilité civile n'aurait pu assumer sa fonction d'indemnisation avec autant d'ampleur s'il n'avait bénéficié des services de ce traducteur universel qu'est la monnaie. La médaille a son revers. Abstraite, la monnaie ne révèle pas par elle-même l'intention de celui qui y recourt, que ce soit pour payer, pour indemniser ou pour punir.

Le plan de cette contribution est le suivant. On rappelle d'abord les fonctions principales de la responsabilité civile qui déterminent la fonction des dommages et intérêts octroyés. Si la fonction de réparation reste première, d'autres fonctions émergent comme la prévention (I). Exprimés en unités monétaires, les dommages et intérêts peuvent revêtir diverses significations : sanction de la violation de la loi contractuelle (II), compensation d'une atteinte à des intérêts ou à des droits extrapatrimoniaux (III) et à des droits intellectuels (IV). Il arrive que l'allocation de dommages et intérêts repose sur des fondements qui ne sont pas ceux de la responsabilité civile classique – on vise la théorie des troubles anormaux de voisinage – ou s'opère selon des principes qui modifient le jeu normal de l'indemnisation (V). L'exposé se poursuit par l'examen d'une série de mesures de protection et de conservation des droits dont le respect est garanti par des indemnités à caractère punitif (VI). Certaines procédures mettent parfois le principe indemnitaire à l'épreuve (VII). On en termine par quelques réflexions générales sur la portée du principe indemnitaire que l'on confronte brièvement aux dommages et intérêts punitifs du droit américain et au principe de satisfaction équitable prévu à l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme (VIII).

I. – APERÇU GÉNÉRAL DES FONCTIONS ET OBJECTIFS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

A. – *Une fonction centrale : la réparation*

3. Au sens large, la responsabilité civile est l'obligation qui incombe à une personne de réparer le dommage causé à autrui par un certain fait qualifié de générateur⁽⁴⁾. Le droit de la responsabilité

(4) Voy. sur les différents sens du concept de responsabilité en droit, L. BACH, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.*, 1977, pp. 22 et s. ; voy. égal. G. VINEY, *Introduction à la*

civile s'est mué en droit de la réparation⁽⁵⁾. L'accent mis sur la réparation est tel qu'il est parfois perdu de vue que la responsabilité civile est un correctif au principe selon lequel la charge des dommages est supportée par ceux qui les subissent⁽⁶⁾. Cette mutation est le résultat d'une politique jurisprudentielle et législative dont la rigueur logique laisse parfois à désirer⁽⁷⁾.

Historiquement, le premier objectif de la responsabilité civile est de sanctionner l'auteur du dommage. Cet objectif, qui n'a pas entièrement disparu, explique la relative survivance de la faute comme fondement et comme condition de la responsabilité civile⁽⁸⁾. De nos jours en sourdine, la fonction moralisante de la responsabilité civile était bien présente dans l'esprit des rédacteurs du Code civil⁽⁹⁾. Les articles 1382 et 1383 du Code civil utilisent une terminologie significative qui, pour le juriste contemporain, a des connotations pénales : ils distinguent le délit qui vise la faute volontaire, du quasi-délit qui vise la faute involontaire, commise par simple imprudence ou négligence. Cette distinction est devenue théorique de nos jours : comme le souligne l'arrêt cité en introduction, l'obligation de réparer dépend de l'ampleur du dommage et non de la gravité de l'acte commis par l'auteur de celui-ci.

À partir du moment où la préoccupation première est la réparation du dommage plutôt que la sanction d'un comportement fautif, l'accent se déplace : il s'agit moins de sonder les intentions ou

responsabilité, Paris, L.G.D.J., 1995, n° 1, où l'auteur ménage une évolution possible : « L'expression 'responsabilité civile' désigne, dans le langage juridique actuel, l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à réparer ce préjudice en offrant à la victime une compensation » (nous soulignons).

(5) Selon l'expression de J.-L. FAGNART, « Recherches sur le droit de la réparation », in *Mélanges Roger O. Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 135.

(6) F. GENY, « Risques et responsabilité », *RTD civ.*, 1902, pp. 816 et s.

(7) A. TUNC, « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, pp. 329 et s. ; F. RIGAUD, « Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité », in *Mélanges Roger O. Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 520.

(8) Voy. sur ce thème X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, t. 20, 20bis et 20ter, Bruxelles/Waterloo, Kluwer, 2001, 2005 et 2011.

(9) J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, t. 1bis, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 11.

de condamner le comportement du responsable que de faciliter la réparation intégrale et adéquate du dommage causé à la victime⁽¹⁰⁾. Centrée sur la nature et l'ampleur du dommage à compenser, la responsabilité civile prête assez peu d'attention à l'intention plus ou moins malveillante de l'agent responsable. Le droit belge n'a pas échappé à ce mouvement de fond. La fonction indemnitaire de la responsabilité civile y est considérée comme centrale. Elle trouve son expression la plus traditionnelle dans le principe de la réparation intégrale du dommage applicable aussi bien en matière contractuelle (art. 1149 C. civ.) qu'en matière extracontractuelle (art. 1382 C. civ.).

4. Traditionnellement, trois fonctions sont assignées à la responsabilité civile : une fonction indemnitaire ou réparatrice, une fonction préventive et une fonction normative. Le droit belge de la responsabilité civile reste dominé par la première fonction qui peut, si elle est correctement assurée, favoriser la réalisation des deux autres. Deux principes assurent la mise en œuvre de cette fonction indemnitaire, la réparation en nature et la réparation intégrale du dommage. Comme notre contribution traite de la signification des dommages et intérêts, le principe de la réparation en nature nous retiendra peu. La réparation en nature a la prévalence mais, dans bon nombre de cas, une indemnité monétaire est accordée à la victime.

1°) En responsabilité contractuelle comme en responsabilité extracontractuelle, la réparation en nature du dommage est la règle et l'allocation de dommages et intérêts l'exception. La réparation en nature est une forme de compensation qui doit permettre à la victime de revenir à une situation aussi proche que possible de celle qui était la sienne avant le dommage. Elle reste une forme de compensation même si elle porte sur un équivalent non monétaire, tel que la remise en état des lieux, le remplacement d'un bien endommagé, la mise en conformité de travaux mal exécutés, voire des mesures de publication d'un avis ou d'un jugement de condamnation. Le but est de trouver la forme de réparation la plus ajustée au

(10) Voy. sur cette évolution, parmi une littérature abondante, J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », *op. cit.*, pp. 11 et s. ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 6 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987, pp. 1-19.

type de préjudice subi⁽¹¹⁾. Il arrive que l'équivalent ou la compensation non monétaire aboutisse en pratique à la satisfaction quasi complète du créancier⁽¹²⁾.

La victime a le droit d'exiger la réparation en nature de son dommage, pour autant qu'elle soit possible, et pour autant qu'elle ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit⁽¹³⁾. Le juge a dès lors le pouvoir d'ordonner la réparation en nature, notamment en prescrivant à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice⁽¹⁴⁾. Comme le synthétise R.O. DALCQ, « L'obligation de prononcer une réparation en nature n'existe que si le défendeur offre la réparation sous cette forme. Autrement, la victime reste libre de choisir le mode de réparation qu'elle préfère et le juge doit rester libre d'ordonner la condamnation qui lui paraît constituer le mode de réparation le plus adéquat »⁽¹⁵⁾. La réparation en nature peut se combiner à une indemnité monétaire ou, si elle n'offre pas d'intérêt pour le créancier, lui céder la place.

2°) Par application du principe de la réparation intégrale, le responsable doit réparer tout le dommage qu'il a causé, mais rien d'autre que ce dommage⁽¹⁶⁾. Il s'agit de fournir un équivalent, monétaire ou non. Celui-ci sera strictement fonction du préjudice subi par la victime, qu'il doit compenser aussi exactement et complètement que possible, sur la base des éléments de preuve fournis par les parties et des méthodes usuelles de calcul du dommage acceptées par les tribunaux.

(11) Voy. pour une utile typologie des mesures ou des formes de réparation en nature, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 86 et s.

(12) Voy. sur la difficulté de distinguer exécution en nature et réparation en nature en matière contractuelle, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 595.

(13) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1599 ; Cass., 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388.

(14) Cass., 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 67.

(15) R.O. DALCQ, « Traité de la responsabilité civile », *Les Nouvelles, Droit civil*, t. V, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 4156 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1600.

(16) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1597 ; R.O. DALCQ, « Traité de la responsabilité civile », *Les Nouvelles, Droit civil*, t. V, vol. II, *op. cit.*, n° 4140.

Le principe de la réparation intégrale impose donc de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise⁽¹⁷⁾. Selon une autre formule, le principe de la réparation intégrale implique « le rétablissement du préjudicié dans l'état où il serait demeuré si la faute n'avait pas été commise »⁽¹⁸⁾.

Le principe de la réparation intégrale s'applique tant à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle⁽¹⁹⁾. Pierre angulaire du droit de la réparation, le principe peut toutefois être aménagé conventionnellement en matière contractuelle comme en matière extracontractuelle. La Cour de cassation estime en effet que les dispositions des articles 1382 et suivants du Code civil ne sont pas d'ordre public, de sorte qu'il est permis d'y déroger par convention⁽²⁰⁾. La jurisprudence admet la validité des clauses limitatives en cas de dommages aux biens mais aussi en cas de dommages aux personnes quoique, dans ce dernier cas, les limites légales se fassent de plus en plus strictes⁽²¹⁾.

5. Cette présentation générale ne rend pas compte de la variété des dommages réparables ni de la diversité de significations des dommages et intérêts qui en est le corollaire. L'obligation qui pèse sur l'auteur du dommage porte au demeurant des dénominations variées : réparation, indemnisation, mais aussi compensation. Cette

(17) Cass., 19 septembre 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 73 ; Cass., 13 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 423 ; Cass., 23 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1406.

(18) Cass., 21 février 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 716 ; Cass., 2 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 906.

(19) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence : les obligations (1974-1982) », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 220-221 ; I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel. Rapport belge », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001, pp. 311 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 591.

(20) Jurisprudence constante depuis Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 135 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, nos 1156-1158. Cette solution présentée comme traditionnelle mériterait d'être remise en cause, à la lumière des limites de plus en plus nombreuses aux clauses exonératoires et limitatives de responsabilité.

(21) B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, p. 32.

dernière expression est utilisée de façon générale pour souligner que la réparation n'est qu'un expédient. Elle est aussi utilisée, de façon plus spécifique, en matière de troubles anormaux de voisinage pour souligner que la sanction n'est pas la réparation intégrale du dommage causé au voisin mais qu'elle concerne cette portion du dommage qui dépasse le niveau normal des troubles acceptables entre voisins (*infra*, n^{os} 49 et s.).

6. La signification des dommages et intérêts peut varier en fonction de différents facteurs.

1°) Un premier facteur est la *source* du manquement, contractuel ou extracontractuel, commis par le débiteur. En matière extracontractuelle, le manquement est sanctionné par des dommages et intérêts qui expriment l'obligation de réparer et, parfois, de façon plus ou moins discrète, la volonté de punir. En matière contractuelle, la situation est plus ambiguë et, à certains égards, plus riche. Si la majorité de la doctrine belge assimile, sans trop de réticences, exécution par équivalent et responsabilité contractuelle, une partie de la doctrine française considère que la responsabilité contractuelle est un « faux concept ». En cas d'inexécution du contrat, l'exécution par équivalent, faite le plus souvent sous forme pécuniaire, est l'expression de la fonction de paiement de l'obligation contractuelle. Si l'on suit cette thèse dont les partisans n'ont pas, à notre connaissance, tiré les conséquences pratiques en ce qui concerne la mesure du préjudice contractuel, le montant de l'indemnité octroyée à la victime de l'inexécution se calculerait non selon les principes applicables à la réparation du dommage mais en fonction de la valeur de la prestation qui n'a pas été fournie⁽²²⁾. La responsabilité n'interviendrait alors que pour régler l'obligation de réparation liée à des dommages consécutifs à l'inexécution de l'obligation contractuelle et ne s'appliquerait pas à ceux qui relèvent directement du périmètre contractuel.

Différentes catégories de dommages et intérêts – dommages et intérêts compensatoires ou moratoires, intérêts moratoires ou

(22) Cette thèse a été avancée par Ph. Rémy dans plusieurs articles retentissants dont « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, pp. 324 et s. Pour une réponse à ces critiques, voy. G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 921 et s. En synthèse, M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, pp. 598 et s.

compensatoires⁽²³⁾ – sont communs aux matières contractuelle et extracontractuelle. La mesure du préjudice en matière contractuelle a toutefois peu retenu l'attention de la doctrine⁽²⁴⁾. Elle fait figure de parent pauvre au regard des tableaux, formules et distinctions qui visent à une évaluation fine et cohérente du préjudice en matière extracontractuelle. La matière contractuelle est pourtant riche en préjudices originaux requérant des formules d'évaluation spécifiques et systématiques.

Limitons-nous à un exemple, celui des dommages et intérêts complémentaires à la résolution judiciaire prévue à l'article 1184, alinéa 2, du Code civil⁽²⁵⁾. Logiquement, le caractère rétroactif de la résolution devrait conduire à admettre qu'ils sont extracontractuels. Ils sont cependant, selon la jurisprudence belge, de nature contractuelle, ce qui les soumet aux articles 1149 et suivants du Code civil⁽²⁶⁾. Ce cas de figure est complexe. Il combine une sanction contractuelle, la résolution, avec pour corollaire les restitutions provenant de l'anéantissement rétroactif du contrat et des dommages et intérêts qui peuvent, si l'on suit une distinction de plus en plus pratiquée par la doctrine contemporaine, être positifs ou négatifs⁽²⁷⁾.

Les restitutions peuvent s'exprimer sous la forme d'un équivalent monétaire mais elles ne relèvent pas en principe de la responsabilité civile. Les dommages et intérêts positifs tendent à replacer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si l'obligation avait été correctement exécutée. Ils englobent notamment la perte de bénéfices. En revanche, les dommages et intérêts négatifs sont déterminés par comparaison entre la situation présente du créancier déçu dans ses attentes (contrat non conclu ou non exécuté) et la situation qui aurait été la sienne si la convention n'avait pas été

(23) Voy., à ce sujet, la contribution de I. Samoy, S. Stijns et S. Janssen dans cet ouvrage.

(24) Pour une exception notable, A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2007.

(25) La distinction entre l'indemnisation du dommage, selon qu'il y a ou non résolution du contrat, est au cœur de l'ouvrage de A. Pinna cité à la note précédente. Voy. aussi G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 422 et s.

(26) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 595, n° 681.

(27) Pour une analyse approfondie, voy. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 159 et s.

conclue. Dans un cas de figure aussi complexe, il n'est pas exclu, à défaut de méthodes d'évaluation rigoureuses, que certains juges octroient au créancier, victime de l'inexécution, des montants globaux qui ne correspondent pas strictement au principe indemnitaire. La chose est d'autant plus probable que le droit belge n'a pas encore réellement accueilli en pratique les dommages et intérêts positifs et négatifs et qu'à en croire Marcel Fontaine, « nos systèmes juridiques sont d'une imprécision consternante quant au mode de calcul des dommages-intérêts en matière contractuelle »⁽²⁸⁾.

2°) Un deuxième facteur directement lié à l'objet de notre contribution est la *qualification du fait générateur* imputable à l'auteur du dommage. Celle-ci peut réagir sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation. En voici deux illustrations.

En matière de troubles de voisinage, la jurisprudence belge, telle qu'elle a été fixée par deux arrêts célèbres de la Cour de cassation du 6 avril 1960⁽²⁹⁾, a finalement consacré une certaine liberté de nuire au profit de ceux qui entreprennent ou développent sans faute une activité préjudiciable à leurs voisins⁽³⁰⁾. Ces derniers, victimes d'un trouble excessif, pourront obtenir non pas réparation de l'intégralité du dommage subi mais compensation destinée à rétablir l'équilibre rompu par l'activité licite dommageable. La Cour de cassation, en quête d'un fondement susceptible de justifier l'indemnisation du voisin victime du trouble, écarte l'application de l'article 1382 du Code civil. Elle rompt les attaches avec la faute et la responsabilité aquilienne⁽³¹⁾. La compensation ainsi octroyée ne revêt aucun caractère punitif puisqu'elle sanctionne un comportement non fautif et qu'elle ne fournit en théorie qu'une indemnisation partielle au voisin qui subit le trouble.

(28) M. FONTAINE, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 308, n° 18.

(29) *Pas.*, 1960, I, p. 915, et concl. Av. gén. MAHAUX ; *R.C.J.B.*, 1960, p. 257, note J. DABIN.

(30) Nous préférons l'expression 'liberté de nuire' à l'expression 'droit de nuire'. *Contra*, après une discussion approfondie, J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, pp. 533 et s.

(31) Pour une étude approfondie de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. S. STIJNS et H. VUYE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Burenhinder*, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 1 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp.1445-1450.

À l'inverse, dans le domaine contractuel, le dol du débiteur peut, par application de l'article 1150 du Code civil, entraîner une aggravation de son obligation de réparation au dommage imprévisible. De façon plus générale, le dol et la faute lucrative peuvent donner lieu à des sanctions aggravées, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle du débiteur ou de la répartition du dommage entre la victime et l'auteur de celui-ci, quand ce dernier a commis une fraude. La question est de déterminer dans quelle mesure l'aggravation d'une sanction civile conduit à la qualification de peine privée.

3°) La *nature du droit ou de l'intérêt violé* peut déterminer la signification des dommages et intérêts. La réparation à caractère indemnitaire tend à s'affirmer pour ce qui concerne l'atteinte aux droits patrimoniaux. En revanche, une tendance à une certaine pénalisation s'observe en cas d'atteinte à des droits ou des intérêts extrapatrimoniaux, vie privée ou droits de la personnalité (*infra*, n^{os} 28 et s.).

B. – *Émergence d'autres fonctions*

7. La doctrine contemporaine souligne d'autres fonctions de la responsabilité civile⁽³²⁾. Une première fonction prolonge la fonction de réparation prédominante en responsabilité civile. La responsabilité civile contribue au rétablissement ou à l'effacement de l'illicite, qu'il s'agisse du fait générateur source du dommage ou du dommage lui-même. Cette fonction ne peut pas toujours s'exercer de façon pleine et entière. En matière de troubles de voisinage, il n'y a pas réparation en nature et intégrale du dommage. La source du trouble ne peut être supprimée et la compensation porte sur la partie anormale du trouble causé au voisin⁽³³⁾.

8. Selon la conception dominante, la responsabilité civile reste plus tournée vers la réparation de dommages survenus que vers la prévention de dommages à venir. Si, conformément à l'esprit du temps, l'accent est mis sur l'indemnisation des victimes plutôt que sur la sanction du fautif, on peut considérer qu'un système de responsabilité efficace doit permettre, dans un maximum de

(32) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 4 et s.

(33) Sur la responsabilité civile dans sa fonction de rétablissement ou de cessation de l'illicite, voy. la contribution de P. Wéry dans cet ouvrage.

cas, la réparation rapide du préjudice subi par la victime, tenant compte à la fois de la nature et de l'ampleur de celui-ci. Si cette réparation est fixée à un niveau correct, elle incite aussi la partie sanctionnée à prendre les mesures adéquates pour éviter la répétition du dommage. Souvent présenté comme un « droit de l'échec » jouant *a posteriori*, le droit de la responsabilité civile peut également remplir d'autres fonctions et contribuer, pour le futur, à éliminer les comportements dommageables et à réguler les comportements. En d'autres termes, elle remplit alors une fonction de prévention qui est la fonction principale que les économistes assignent à la responsabilité⁽³⁴⁾.

Des textes récents expriment cette évolution. Un premier exemple nous est fourni par les *Principles of European Tort Law* (PETL). Dans leur article 10:101, ceux-ci affirment la fonction compensatoire de la responsabilité civile mais mentionnent aussi, dans un second temps, sa fonction préventive. Certaines initiatives législatives récentes mettent l'accent sur cette fonction comme la directive européenne 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux⁽³⁵⁾. La directive instaure une responsabilité environnementale. Les fonctions assignées à cette responsabilité – prévention et réparation des dommages environnementaux – et l'ordre dans lequel elles apparaissent en marquent l'originalité. La responsabilité se trouve sollicitée non seulement dans sa fonction traditionnelle de réparation *ex post* d'un dommage réalisé mais surtout dans sa fonction de prévention d'un dommage à venir. La responsabilité environnementale promue au niveau européen relève plus de la police administrative que de la responsabilité *stricto sensu*. Il n'en reste pas moins significatif que la responsabilité, dans une acception dévoyée, qualifie ce régime fondé sur le principe du pollueur-payeur. Par l'intégration des coûts sociaux qu'il impose à l'agent pollueur, le principe du pollueur-payeur a partie liée avec la fonction de prévention plus qu'avec la fonction d'indemnisation car il aboutit, à la façon d'une taxe, à supprimer les activités les plus polluantes ou à limiter la charge polluante à un

(34) M. FAURE, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 133 et s.

(35) *J.O.C.E.*, L 143 du 30 avril 2004, p. 56.

niveau acceptable. Avec le pollueur-payeur s'opère un changement fondamental : l'accent est mis sur l'émetteur, non sur la victime, et sur l'intégration d'un coût social. Certes, le principe du pollueur-payeur n'est pas initialement un principe juridique ; il vise une allocation efficiente des coûts plus que l'imputation des dommages. Il contribuera cependant à faire évoluer les conceptions et à promouvoir la fonction de prévention qui, actuellement, reste seconde en droit de la responsabilité civile. Le principe du pollueur-payeur ne peut en effet être dissocié du principe de prévention auquel il est associé dans l'article 191, § 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁽³⁶⁾.

9. Même envisagée de façon plus classique, la responsabilité civile n'est pas entièrement vouée à la réparation des dommages passés. Le dommage futur, pour autant qu'il soit certain, est en principe réparable⁽³⁷⁾. La responsabilité civile a pu être utilisée, de façon prudente, pour prévenir des risques avérés de dommages. Comme le montre la jurisprudence française, l'orientation de la responsabilité civile vers la prévention requiert une certaine redéfinition du dommage réparable⁽³⁸⁾. Un arrêt de la Cour de cassation française du 17 décembre 2002 approuve ainsi la condamnation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, du propriétaire d'un étang pour avoir créé un « risque d'inondation » en construisant un barrage de fortune pour empêcher l'écoulement normal des eaux⁽³⁹⁾. Dans un arrêt du 28 novembre 2007, elle décide que le propriétaire d'un terrain sujet à éboulement engage sa responsabilité s'il ne prend pas les mesures de stabilisation nécessaires et doit répondre des coûts de prévention engagés par la commune et

(36) X. THUNIS, « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », in S. LEYENS et A. DE HEERING (eds), *Stratégies de développement durable*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2010, p. 197.

(37) Sur ces principes, voy. E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Ced-Samson, 1984, pp. 81 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, n^{os} 1068 et 1127.

(38) En droit français, voy. la jurisprudence citée par G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n^{os} 278 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n^{os} 10-3 et 10-4.

(39) Cass. fr., 17 décembre 2002, *R.D.I.*, 2003, p. 322, obs. Y. JEGOZO et F.-G. TREBULLE.

rendus nécessaires par son inaction⁽⁴⁰⁾. Ces deux décisions, rendues dans des cas où il s'agit de prévenir un risque de dommage avéré et non un risque simplement suspecté, doivent, à notre avis, être approuvées. Il serait curieux que la responsabilité civile puisse être invoquée pour réparer un dommage survenu et ne puisse l'être pour éviter un dommage imminent.

Si cet objectif de prévention s'affirme, il est probable que le mode de détermination des dommages et intérêts sera différent. Il va se centrer sur le coût des mesures de prévention que l'auteur aurait dû prendre et les comparer aux mesures réellement prises. La perspective est de trouver des règles incitant l'auteur d'un dommage potentiel à prendre un niveau de prévention optimal⁽⁴¹⁾.

Avec le principe de précaution, on change d'échelle. Le principe de précaution ne peut se réduire à un principe de prévention renforcé. Il s'applique à des risques non avérés de dommages graves et irréversibles. Le droit de la responsabilité civile paraît mal adapté à la fonction d'anticipation du principe de précaution car il est centré sur la réparation d'un dommage certain. Un dommage peut être futur et certain mais il ne doit pas être hypothétique. Le droit de la responsabilité civile, s'il peut couvrir certains risques *avérés* de dommages, n'est pas très à l'aise quand on le sollicite pour s'appliquer à des risques dont la consistance est mal connue. Ce serait lui assigner une fonction de police qui n'est pas la sienne⁽⁴²⁾.

10. Explicitement ou non, la responsabilité civile remplit-elle une fonction punitive ou de peine privée⁽⁴³⁾ ? C'est ce que cette contribution entend sonder. Les civilistes s'acharnent généralement à refouler la peine et l'idée de vengeance ou d'expiation qu'elle véhicule. La pratique suit. Les contrats d'assurance « Responsabilité

(40) Cass. fr., 28 novembre 2007, *R.D.I.*, 2008, p. 191, obs. F.-G. TREBULLE ; *JCP*, 2008, I, p. 125, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

(41) Sur la célèbre formule du juge *Learned Hand*, bien connue en analyse économique du droit, M. FAURE, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », *op. cit.*, p. 125.

(42) Comp. M. BOUTONNET, note sous Aix-en-Provence, 8 juin 2004, *D.*, 2004, pp. 2679 et s., à propos de l'application de la théorie des troubles de voisinage à des risques incertains.

(43) Dans un sens très affirmatif, en droit belge, J.-L. FAGNART, « La peine privée : une réalité qui dérange ? », *op. cit.*, pp. 135 et s., part. pp. 152 et s. En droit français, voy. la synthèse de G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 4 et s.

civile des entreprises industrielles et commerciales » excluent généralement les dommages et intérêts punitifs de la garantie au même titre que les amendes judiciaires, administratives ou économiques.

L'introduction ou la reconnaissance de la fonction de peine privée en responsabilité civile pose le problème délicat de la distribution des rôles entre un droit pénal traditionnellement voué aux incriminations et aux punitions et un droit des obligations plus pacifique, dominé par la création et la transmission de valeurs patrimoniales, les incidents éventuels étant sanctionnés, non pas punis. En outre, la peine privée pose le problème des garanties procédurales dont bénéficie celui à qui elle est infligée mais aussi celui de l'enrichissement de la victime du dommage. S'il est normal que la victime d'un dommage puisse librement affecter l'indemnité compensatoire qui lui est allouée, il est plus discutable qu'elle puisse faire de même avec les dommages punitifs qui lui seraient octroyés. Enfin, la réception des dommages punitifs dans un régime dominé par le principe indemnitaire peut poser un problème de constitutionnalité ou d'ordre public⁽⁴⁴⁾. C'est ainsi que dans un arrêt rendu sur question préjudicielle le 20 mai 1994⁽⁴⁵⁾, la Cour constitutionnelle – alors Cour d'arbitrage – a jugé que l'indemnisation au double prescrite par l'article 7*bis* de la loi du 28 février 1882 sur la chasse selon lequel « les indemnités pour dommages causés par les lapins aux fruits et récoltes seront portées au double » était contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination établis aux articles 10 et 11 de la Constitution. On notera toutefois que la Cour ne s'est pas exprimée sur la constitutionnalité de l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit belge. Elle s'est contentée de relever que les diverses justifications initialement avancées à la multiplication par deux du montant des dommages et intérêts, au rang desquels ne figurait pas la volonté de punir, avaient disparu.

Il paraît significatif qu'un des domaines où les dommages et intérêts ont le plus de relents pénaux soit celui des atteintes à la personnalité où l'allocation des dommages et intérêts symboliques n'a pas

(44) Pour une analyse de ces questions, C. CAUFFMAN, « Naar een punitief Europees verbintenisrecht ? Een rechtsvergelijkende studie naar de draaigwidte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenisrecht », *op. cit.*, pp. 841 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 20 et s.

(45) C.A., 20 mai 1998, n° 53/98.

de portée réparatrice (*infra*, III). La même remarque s'applique à la sanction des atteintes à l'environnement. Il arrive de plus en plus fréquemment que les juges octroient des dommages et intérêts à des associations de protection de l'environnement qui demandent de sanctionner la violation par le pollueur de leur objet social. Par une action civile accessoire à l'action publique, ces associations jouent un rôle très proche de celui du ministère public et se font l'auxiliaire de la répression. Les dommages et intérêts dans ce cas acquièrent une dimension punitive⁽⁴⁶⁾. On voit émerger en jurisprudence belge une sorte de barème empirique où le tarif d'une cigogne est supérieur à celui d'un étourneau mais inférieur à celui d'un épervier. Il se dégage de cette jurisprudence l'impression que les sommes sont octroyées sans critères bien établis et qu'elles sont plus une façon de stigmatiser un comportement que de réparer un dommage moral, *a fortiori* un dommage écologique. Leur octroi est d'ailleurs greffé, la plupart du temps, sur un litige pénal⁽⁴⁷⁾.

II. – LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS, PRIX À PAYER POUR LA VIOLATION DE LA LOI CONTRACTUELLE

A. – *Dommage et inexécution du contrat*

II. Dans la majorité des cas, l'inexécution d'une obligation contractuelle, qu'elle soit de moyens ou de résultat, entraîne, pour le créancier, un dommage dont le Code civil énonce les principes d'indemnisation aux articles 1149 et suivants⁽⁴⁸⁾.

L'inexécution d'une obligation contractuelle n'entraîne pas toujours un dommage incontestable pour la victime de l'inexécution, comme le montre l'exemple suivant inspiré de la jurisprudence anglaise⁽⁴⁹⁾. Un entrepreneur, chargé de la construction

(46) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 10, n^{os} 6-2.

(47) Sur l'ensemble de la question, X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *Amén.-Env.*, n^o spécial « La compensation en droit de l'urbanisme et de l'environnement », 2012/3, p. 91, n^o 22.

(48) I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », *op. cit.*, pp. 307 et s.

(49) Il s'agit de l'affaire *Ruxley Electronics Ltd, H.of L.* [1995] 3 *WLR* 118, dont nous avons simplifié les faits. Pour un commentaire, voy. X. THUNIS et

d'une piscine, ne respecte pas les stipulations contractuelles. La piscine achevée, le client s'aperçoit que la profondeur maximale de celle-ci avoisine les deux mètres alors qu'une profondeur maximale d'environ deux mètres vingt-cinq était prévue. A-t-il droit à des dommages et intérêts et de quel montant, sachant que la valeur de la piscine n'en est pas affectée, pas plus que l'utilité que le client est en droit d'en attendre ? Il reste possible de plonger et de nager en toute sécurité dans une piscine dont la profondeur est légèrement inférieure aux deux mètres vingt-cinq convenus.

Plusieurs solutions sont concevables, deux extrêmes et un moyen terme. Première solution maximaliste : considérer que le maître de l'ouvrage insatisfait a droit au coût de reconstruction d'un bassin conforme aux exigences contractuelles. La sévérité de cette sanction met à l'avant-plan, nous semble-t-il, la fonction punitive de la responsabilité civile⁽⁵⁰⁾. Deuxième solution minimaliste : considérer que le manquement contractuel n'affectant pas l'utilité de l'ouvrage construit, le maître de l'ouvrage, déçu dans ses attentes, ne peut se prévaloir d'aucun préjudice justifiant l'octroi de dommages et intérêts. C'est la compensation d'un préjudice et la fonction indemnitaire de la responsabilité civile qui sont alors soulignées. Aux deux solutions radicales qui viennent d'être exposées, la chambre des Lords préfère un moyen terme d'ailleurs adopté par le juge du premier degré : l'octroi de dommages et intérêts pour compenser le préjudice d'agrément (*loss of amenity*).

Deux arguments principaux sont invoqués à l'appui de la solution retenue. D'une part, il serait déraisonnable d'octroyer au maître de l'ouvrage le coût de reconstruction d'un nouveau bassin de natation alors que le bassin construit, quoique d'une profondeur légèrement inférieure, est parfaitement utilisable (*perfectly serviceable*) ! D'autre part, le préjudice d'agrément subi par le créancier justifie l'octroi d'une indemnité destinée à compenser son attente déçue (*disappointed expectations*). Il nous paraît que cette indemnité remplit non une fonction de paiement assignée à une exécution

P. WÉRY, note sous *Ruxley Electronics Ltd*, *Rev. eur. dr. privé*, 1996/4, pp. 383 et s. ; R.A. POSNER, *Law and Legal Theory in the UK and USA*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 55 et s.

(50) Comp. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, p. 609.

par équivalent mais une fonction de réparation où pointe un certain objectif punitif.

12. Focalisée sur le fait générateur de responsabilité, la doctrine belge n'a pas prêté une grande attention au dommage en cas d'inexécution d'une obligation de résultat⁽⁵¹⁾. La doctrine française est un peu plus loquace. Selon certains auteurs, « la non-réalisation du résultat promis (...) se confond *presque toujours* avec le dommage lui-même » (nous soulignons)⁽⁵²⁾. La preuve du dommage doit, en principe, être établie par le créancier. La Cour de cassation française a rendu un arrêt remarquable selon lequel « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la *justification d'un préjudice* » (nous soulignons)⁽⁵³⁾. Cette solution, sur laquelle la Cour est revenue dans sa jurisprudence ultérieure⁽⁵⁴⁾, peut surprendre celui qui considère que le préjudice est une condition essentielle de la responsabilité civile et donc de la responsabilité contractuelle. Elle peut toutefois se revendiquer de l'article 1145 du Code civil selon lequel « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention ». Elle pourrait se justifier si l'on considère, à l'instar d'une partie de la doctrine française, que les dommages et intérêts dus au créancier suite à l'inexécution du contrat n'ont pas une fonction de réparation mais une fonction de paiement : fournir au créancier l'équivalent d'une prestation qu'il n'a pas reçue⁽⁵⁵⁾.

(51) Dans le même sens, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 555.

(52) G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 599, n° 530 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, pp. 486 et s. *Adde* P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 225, et la jurisprudence citée en note 6.

(53) Cass. fr. (civ.), 30 janvier 2002, *RTD civ.*, 2002, p. 817, obs. P. JOURDAIN.

(54) Cass. fr. (civ.), 3 décembre 2003, *RTD civ.*, 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; Cass. fr. (civ.), 11 septembre 2008, *Rev. contr.*, janvier 2009, pp. 77 et s. Pour une discussion approfondie dans une perspective comparatiste, voy. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, pp. 89 et s., pp. 113 et s.

(55) Voy. les références citées *supra* sous le n° 6. En synthèse, M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 598.

B. – *Aggravation de la réparation à charge du débiteur contractuel*

1. *L'indemnisation des dommages imprévisibles*

13. La Cour de cassation de Belgique consacre l'application du principe de la réparation intégrale du dommage en matière contractuelle tout en réservant l'application des articles 1150 et suivants du Code civil. Or, en matière contractuelle, l'article 1150 du Code civil limite la réparation au dommage prévisible au jour de la conclusion du contrat. Sauf dol du débiteur contractuel, seul le dommage prévisible donne donc en principe lieu à réparation. Peut-on dire qu'en pareil cas il y a réparation intégrale ?

« En vertu de l'article 1149 du Code civil, en cas d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, la réparation due par le débiteur de cette obligation au créancier doit, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil, être intégrale tant pour la perte subie que pour le gain dont ce dernier est privé »⁽⁵⁶⁾. Le débiteur, tenu d'une obligation contractuelle qu'il reste en défaut d'exécuter, doit procurer au créancier la réparation intégrale de son dommage, tel que l'apprécie souverainement le juge du fond⁽⁵⁷⁾. D'une part, la Cour de cassation affirme que le créancier a droit à la réparation intégrale de son dommage. D'autre part, elle souligne que ceci ne vaut que « sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil »⁽⁵⁸⁾.

14. Sur le plan des principes, l'article 1150 du Code civil est à considérer comme une dérogation au principe de la réparation intégrale. En pratique, la jurisprudence belge interprète l'exigence de la prévisibilité du dommage de façon sévère pour le débiteur contractuel. Le caractère prévisible ne concerne que la cause du dommage et non son étendue⁽⁵⁹⁾. Il suffit que le dommage soit

(56) Cass., 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 251 (somm.).

(57) Cass., 6 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 581.

(58) Cass., 27 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1128 ; Cass., 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 253.

(59) Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79, note L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible » ; Cass., 23 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 212. Le droit belge sur ce point diffère significativement du droit français. Pour une synthèse, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 497, n° 560. Voy. aussi l'intéressante étude comparative d'I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.),

prévisible quant à son principe et non pas nécessairement quant à son montant, ce qui alourdit le sort du débiteur contractuel et atténue la portée de la différence entre les deux ordres de responsabilités. Il en résulte que le débiteur d'une obligation contractuelle inexécutée doit indemniser le dommage causé par son inexécution, même s'il est d'une ampleur imprévisible. L'exclusion de principe du dommage imprévisible en matière contractuelle est ainsi réduite « à peau de chagrin »⁽⁶⁰⁾.

15. En cas de dol, le débiteur contractuel est tenu des dommages prévisibles et imprévisibles qui résultent de l'inexécution, par application de l'article 1150 du Code civil. Dans le même ordre d'idées, l'article 1153, alinéa 4, du Code civil applicable au retard dans le paiement d'une dette de somme dispose que « s'il y a dol du débiteur, les dommages et intérêts peuvent dépasser les intérêts légaux ». Dans ces deux hypothèses, il y a une véritable sanction à charge du débiteur contractuel. Il ne se voit pas, à strictement parler, condamné à des dommages et intérêts punitifs. Il perd le bénéfice d'une limite ou d'un plafond à l'indemnité due au créancier. Le principe de la réparation intégrale reprend son empire, étant entendu que le débiteur, même s'il a commis un dol, n'est tenu de réparer que les dommages prévisibles et imprévisibles présentant un lien de causalité suffisamment intense avec l'inexécution qui lui est imputable⁽⁶¹⁾. Cette aggravation de l'obligation de réparer est une sanction mais elle n'est pas une peine puisque la mesure de l'aggravation est le dommage causé au créancier victime de l'inexécution dolosive. De façon plus générale, la jurisprudence, en cas de comportement inacceptable du débiteur (dol en ce compris la faute lucrative), le prive du bénéfice des clauses limitatives de responsabilité prévues en sa faveur par le contrat⁽⁶²⁾.

Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle, Bruges, la Chartre, 2010, part. pp. 82 et s.

(60) N. SIMAR, « Le régime légal de l'évaluation du dommage », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités Traité théorique et pratique*, t. 50, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 42.

(61) La question de la causalité entre le dommage et le fait générateur ne doit pas être confondue avec celle de la prévisibilité pour le débiteur contractuel du dommage causé au créancier.

(62) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 485, n° 549.

2. *Obligation de connaissance et d'élimination des vices cachés par le vendeur professionnel*

16. L'article 1645 du Code civil impose une réparation intégrale du dommage causé par les vices de la chose au vendeur qui les connaissait. Selon la jurisprudence belge, le vendeur professionnel est assimilé au vendeur qui connaissait le vice de la chose. Il est ainsi tenu de réparer intégralement les conséquences dommageables de celui-ci sans pouvoir invoquer à son profit une clause limitative ou exonératoire de garantie⁽⁶³⁾.

Ce régime rigoureux pour le vendeur professionnel est l'aboutissement d'une longue évolution inaugurée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1939⁽⁶⁴⁾. Cet arrêt condamne le fabricant d'un appareil présentant des défauts au motif que « celui qui livre un produit de son industrie ou de son commerce a l'obligation de s'assurer préalablement de son absence de vice. [...] Cette obligation, imposée au fabricant ou au marchand de vérifier la chose qu'il vend, a nécessairement pour conséquence qu'il doit être considéré comme ayant connu les vices dont elle est affectée ». Depuis lors, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser le champ d'application de la règle⁽⁶⁵⁾ ainsi que les conditions assez strictes auxquelles le vendeur peut invoquer le bénéfice de l'erreur invincible. Pour échapper à sa responsabilité, il ne suffit pas au vendeur professionnel d'établir qu'il n'a pas connu le vice. Il doit démontrer qu'il a fait preuve de toute la diligence requise

(63) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1663 et s. ; P.A. FORTIERS, « La garantie du vendeur professionnel et la Cour de cassation de Belgique », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Dalloz, 1994, pp. 247 et s. ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et M. GUSTIN, « L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés : le droit commun », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (eds), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 28 et s.

(64) Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223. Pour une analyse de cette jurisprudence, voy. M. FALLON, « La Cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation », note sous Cass., 6 mai 1977, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 162-182.

(65) Pour plus de détails sur la notion de vendeur professionnel, spécialisé ou généraliste, auquel s'applique ce régime rigoureux, voy. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 146, n° 243.

pour vérifier la qualité du produit mais qu'étant indécélable, le vice n'a pu être découvert⁽⁶⁶⁾.

17. Le système adopté ne revient pas à présumer la mauvaise foi du fabricant ou du vendeur professionnel, ce qui serait inconciliable avec le principe selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas⁽⁶⁷⁾. La solution de la Cour, qui assimile le vendeur qui connaissait les vices et celui qui, en raison de sa profession, devait les connaître, crée à charge du vendeur professionnel une obligation de connaissance et d'élimination des vices de la chose qu'il fournit. Le vendeur professionnel doit prendre toutes les mesures nécessaires pour fournir à l'acheteur une chose exempte de vice⁽⁶⁸⁾. Cette obligation est une obligation de résultat.

Tenu d'une obligation de connaissance et d'élimination du vice de la chose qu'il fournit, le vendeur professionnel subit, non à cause de son dol ou de sa mauvaise foi présumée mais à cause de sa qualité de professionnel, une double aggravation de responsabilité : la réparation intégrale des conséquences dommageables du vice de la chose et l'inefficacité des clauses limitatives ou exonératoires de garantie stipulées à son profit⁽⁶⁹⁾. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une peine mais d'une sanction liée au préjudice subi par l'acheteur. Elle est le fruit d'une politique jurisprudentielle visant à purger le marché de vendeurs professionnels peu scrupuleux ou incompetents.

C. – *La clause pénale, convention sur les dommages et intérêts*

18. La clause pénale fournit un objet d'analyse assez naturel au regard des débats que sa fonction, comminatoire ou indemnitaire,

(66) La Cour a utilisé une terminologie parfois fluctuante. Sur l'interprétation des diverses formules utilisées par la Cour, voy. B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel », *Ann. Dr. Louvain*, 1988/2, p. 185.

(67) C. JASSOGNE, « La mauvaise foi du professionnel », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 108 et s.

(68) Cass., 7 décembre 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 346, et les réf. citées à la note 64.

(69) Pour plus de détails, voy. B. TILLEMAN, « Les clauses exonératoires », in P. WÉRY et J.-F. GERMAIN (coord.), *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 167. Cet auteur signale les critiques d'une partie de la doctrine à l'encontre de l'interdiction jurisprudentielle des clauses exonératoires.

a suscitées en jurisprudence et en doctrine belges. En prévoyant une clause pénale, les parties s'accordent pour déterminer, de façon anticipée et forfaitaire, les dommages et intérêts auxquels le créancier a droit en cas d'inexécution de l'engagement. Selon l'article 1226 du Code civil, « la clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une *compensation* forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution » (nous soulignons).

Les clauses pénales sont très variées. Le plus souvent libellées en argent, elles peuvent prévoir, en cas de faute du débiteur, soit un montant absolu (1 000, 5 000 EUR, etc.), soit un pourcentage du montant dû. Elles peuvent également sanctionner le retard dans le paiement d'une dette de somme en prévoyant des intérêts moratoires supérieurs au taux d'intérêt légal. Elles peuvent aussi combiner une majoration du montant dû et des intérêts moratoires conventionnels⁽⁷⁰⁾.

19. La clause pénale établit, à la conclusion du contrat, un forfait dont le créancier va pouvoir se prévaloir en cas d'inexécution *fautive* de son obligation par le débiteur. Ceci le dispense de prouver l'existence et le montant du préjudice de même que le lien causal entre la faute et le dommage. Ce second point est toutefois discuté⁽⁷¹⁾.

Une clause pénale peut-elle remplir une fonction comminatoire en prévoyant, à charge du débiteur, un forfait plus élevé que le dommage prévisible pouvant résulter de l'inexécution de la convention ? À cette question, le droit belge donne une réponse négative. Il assigne une fonction exclusivement indemnitaire à la clause pénale. Celle-ci doit se limiter à prévoir une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution fautive de ses obligations par le débiteur. Cette conception a été clairement affirmée en jurisprudence belge depuis un arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 1970 selon lequel « lorsque la clause ne peut être une réparation du dommage et procure au créancier un bénéfice beaucoup plus important que l'exécution normale du contrat, elle est contraire aux dispositions de l'article 6 du Code

(70) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 609 et s.

(71) Cass., 26 janvier 2001, *J.T.*, 2003, pp. 762 et s., obs. T. STAROSSELETS et J. PÉRILLEUX.

civil »⁽⁷²⁾. Le caractère comminatoire s'induit du caractère exorbitant de la clause qui procure au créancier insatisfait un bénéfice hors de toute proportion avec le dommage pouvant résulter de l'inexécution du contrat⁽⁷³⁾. Quoique critiquée par une partie de la doctrine⁽⁷⁴⁾, cette jurisprudence n'a pas été démentie par la suite. Cette conception, confirmée par l'article 1226 du Code civil introduit par la loi du 23 novembre 1998, revient à soutenir qu'une clause pénale ne peut pas être pénale⁽⁷⁵⁾ ! On peut s'interroger sur ce refus de principe alors que le législateur belge a, par la loi du 31 janvier 1980, introduit l'astreinte dont le caractère punitif ne fait pas de doute⁽⁷⁶⁾. Il est vrai que l'astreinte, qui a un caractère de peine privée, n'est pas totalement comparable à la clause pénale car son objectif premier est d'assurer l'exécution d'une décision de justice. Elle est indépendante de la réparation du préjudice subi par le créancier qui, si le juge la lui accorde, en tire un enrichissement personnel⁽⁷⁷⁾.

20. Le droit belge affirme donc nettement le caractère strictement indemnitare de la clause pénale. Ceci ressort tant de la définition donnée par l'article 1226 du Code civil que des différentes législations spécifiques qui se sont succédées, depuis 1991, pour éliminer les clauses abusives dans les rapports de consommation. L'article VI.83.24 du Code de droit économique, qui reprend mot pour mot l'article 74.24 de la loi du 6 avril 2010 devenu obsolète, ratifie la « doctrine jurisprudentielle » de la Cour de cassation en considérant comme abusives et en frappant de nullité les clauses ou

(72) *Pas.*, 1970, I, p. 545 ; *R.C.J.B.*, 1972, p. 54, note I. MOREAU-MARGRÈVE. Sur l'évolution ultérieure, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1672 et s.

(73) Cass., 28 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 240.

(74) Voy., en particulier, la note précitée d'I. Moreau-Margrève.

(75) Le Code civil n'est guère rigoureux puisqu'il utilise le mot 'peine' à plusieurs reprises (voy. art. 1231, § 1^{er}).

(76) Avant l'adoption de cette loi, l'astreinte était considérée comme contraire à l'ordre public. Voy. l'ouvrage de J. VAN COMPERNOLLE et de G. DE LEVAL, *L'astreinte*, Bruxelles, Larcier, 2013.

(77) C'est la raison pour laquelle notre contribution n'en traite pas. Pour une critique de l'astreinte dont le produit échoit au créancier et non à l'autorité, voy. F. GLANSDORFF, « Pour un meilleur usage du produit des astreintes », in *Liber Amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 323 et 328, où l'auteur développe une analogie intéressante avec les dommages et intérêts punitifs.

combinaisons de clauses qui fixent « des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise ». L'article VI.83.17 (ancien art. 74.17) impose une obligation de réciprocité, une clause prévoyant une indemnité à charge du consommateur en cas d'inexécution devant être contrebalancée par une clause prévoyant une indemnité du même ordre à charge de l'entreprise défaillante⁽⁷⁸⁾.

Le caractère indemnitaire ressort aussi de la sanction prévue en cas de clause pénale excessive. Selon la jurisprudence antérieure à la loi du 23 novembre 1998, une clause pénale ayant un caractère comminatoire était contraire à l'ordre public (art. 6 C. civ.) et frappée d'une sanction radicale : la nullité absolue. Cette sanction était inadéquate mais son fondement était révélateur de l'importance accordée à la fonction indemnitaire de la clause. Depuis la loi du 23 novembre 1998, le juge dispose d'un pouvoir de réduction en vertu des articles 1231, § 1^{er} (clauses pénales excessives) et 1153 (clauses d'intérêts moratoires excessives). On notera que le juge peut réduire d'office le montant de la clause pénale excessive. Toute clause écartant le pouvoir de modération du juge est réputée non écrite par l'article 1231, § 3, du Code civil. Autant d'indices de l'importance que le législateur belge attache au respect de la fonction indemnitaire. On notera que le cumul des clauses pénales est admis en jurisprudence dès lors que chaque clause vise à organiser anticipativement un dommage distinct, ce qui est compatible avec le respect de la fonction indemnitaire de la clause ou de la combinaison de clauses⁽⁷⁹⁾.

Enfin, cette analyse de la sanction appliquée aux clauses pénales s'enrichit constamment de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci, sollicitée par voie de questions préjudicielle sur l'interprétation de l'article 6 de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec

(78) En jurisprudence, voy. par ex. J.P. Soignies, 21 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 202 ; J.P. Nivelles, 14 août 1995, *D.A.O.R.*, 1995/36, pp. 79 et s. ; J.P. Herstal, 21 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 34.

(79) Le cumul d'une indemnité forfaitaire et d'intérêts de retard est licite dès lors que ceux-ci tendent à la réparation de dommages différents. Voy. par ex. Bruxelles, 6 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 565.

les consommateurs, a eu l'occasion, notamment dans son arrêt *Banco Español de Credito*, de décider que le juge national doit éradiquer la clause pénale abusive et non pas la réviser alors même que son droit national lui en offrirait la possibilité⁽⁸⁰⁾. La Cour insiste sur l'effet dissuasif d'une telle sanction qui pourrait constituer une véritable déchéance si elle signifiait que le créancier, dont la clause pénale est ainsi annulée, se voit aussi privé d'invoquer la responsabilité contractuelle de droit commun.

21. Il reste à sonder le critère par rapport auquel s'apprécie la validité de la clause pénale. Le caractère comminatoire de la clause va s'apprécier *ex ante*, à l'aune du dommage prévisible, envisageable par les parties à la conclusion du contrat et non par rapport au dommage réellement subi⁽⁸¹⁾. On peut regretter, à cet égard, que l'article 1153 fasse référence au dommage subi pour l'appréciation du caractère comminatoire. Le critère tiré du dommage potentiel ou prévisible est difficile à manipuler et incite souvent le juge à considérer le dommage réellement subi, ce qui tend à ramener *de facto* au principe indemnitaire. On peut toutefois souligner la rigueur de certaines décisions qui, à notre avis correctement, appliquent la clause pénale en l'absence de dommage effectif causé au créancier par l'inexécution du débiteur⁽⁸²⁾. Ce n'est que si la clause pénale est manifestement excessive au regard du dommage prévisible *ex ante* que le juge est tenu de la réduire pour faire prévaloir le caractère indemnitaire.

Pour les économistes, notons-le, une clause pénale « énorme » n'est pas nécessairement condamnable. Elle a une fonction signalétique : elle informe le partenaire contractuel de l'importance que le créancier attache à une exécution ponctuelle de la convention. Le débiteur qui l'accepte manifeste qu'il a les moyens nécessaires pour s'exécuter et qu'il ne craint pas la défaillance⁽⁸³⁾.

(80) C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, point 65. Voy. aussi C.J.U.E., 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, part. point 57.

(81) P. WÉRY, *Droit des obligations* vol. 1, *op. cit.*, p. 626, n° 716. Au moins dans la pureté des principes. Voy. Cass., 29 février 1996, *Larcier Cass.*, 1996, n° 248.

(82) J.P. Tournai, 1^{er} juin 1999, *Act. jur. baux*, 1999, p. 152.

(83) Pour plus de détails, voy. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Thémis, 2008, pp. 428-429.

C'est peut-être en bordure de la clause pénale que peut se nicher, ici ou là, une sanction à caractère punitif tolérée par le juge ou inaperçue. La clause pénale se distingue, au moins en théorie, d'une clause de dédit. Celle-ci impose au débiteur de payer une somme qui est la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue au contrat. Il ne s'agit pas de la sanction d'un manquement contractuel mais d'un prix à payer par le débiteur pour « quitter » le contrat. Selon la Cour de cassation, « l'article 1229, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale [...] ne saurait, dès lors, être une clause pénale au sens de cet article 1229 la stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat »⁽⁸⁴⁾. Il en résulte que la clause de dédit échappe au régime prévu par le Code relatif à la réduction des clauses pénales et donc au contrôle du respect de la fonction indemnitaire.

Enfin, par application des principes généraux, la limitation prévue par la clause pénale cède en cas de dol du débiteur contractuel. À nouveau, il s'agit d'une sanction mais pas d'une peine puisque le dol du débiteur entraîne la restauration du principe de la réparation intégrale⁽⁸⁵⁾.

D. – *La sanction du retard dans le paiement d'une dette de sommes*⁽⁸⁶⁾

1. *En droit commun*

22. Les intérêts moratoires ont pour but d'indemniser le préjudice subi par le créancier en cas de paiement tardif d'une dette de somme par le débiteur. Dans cette hypothèse, le créancier n'a pas, selon l'article 1153, alinéa 2, du Code civil, à prouver une

(84) Cass., 22 octobre 1999, *R.D.C.*, 2000/3, pp. 181 et s. ; *R.C.J.B.*, 2001, p. 103, note I. MOREAU-MARGREVE. L'arrêt concernait une clause de dédit stipulée en faveur d'un entrepreneur en cas de résiliation unilatérale du contrat par le maître de l'ouvrage en vertu de l'article 1794 du Code civil.

(85) Mons, 27 juin 1990, *Pas.*, 1991, II, p. 1.

(86) On s'attache à déterminer le caractère indemnitaire ou punitif des intérêts de retard. Pour un exposé complet de la notion et du régime applicable, voy. la contribution de I. Samoy, S. Stijns et S. Janssen dans cet ouvrage.

perte, c'est-à-dire l'existence et l'étendue de son préjudice. L'article 1153, alinéa 1^{er}, du Code civil présume l'existence du préjudice mais limite l'étendue des dommages et intérêts au taux d'intérêt légal. Ce forfait peut être à l'avantage ou au détriment du créancier, dispensé d'établir son préjudice réel et n'étant pas admis à le prouver⁽⁸⁷⁾. Il s'agit d'une dérogation au principe de la réparation intégrale destinée à éviter des problèmes de preuve et non à punir le débiteur⁽⁸⁸⁾.

23. Il y a cependant des exceptions à la limitation des dommages et intérêts au taux d'intérêt légal.

L'article 1153 du Code civil est supplétif, ce qui permet des dérogations conventionnelles et notamment la détermination d'un taux d'intérêt plus élevé que le taux légal. S'il est excessif, celui-ci est susceptible de réduction par application de l'article 1153, alinéa 5, du Code civil. Le juge peut réduire l'intérêt stipulé pour retard dans l'exécution, si cet intérêt *excède manifestement* le dommage subi à la suite de ce retard⁽⁸⁹⁾. En pratique, les juges dotés d'un pouvoir de modération globalisent et prennent en considération l'ensemble des sanctions prévues au contrat, forfaits et taux d'intérêts conventionnels, pour en apprécier le caractère comminatoire ou indemnitaire.

D'autre part, l'article 1153, alinéa 4, du Code civil dispose que « s'il y a dol du débiteur, les dommages et intérêts peuvent dépasser les intérêts légaux ». Cette disposition appelle le même commentaire que celui que nous avons fait à propos de l'article 1150 du Code civil (voy. *supra*, n^{os} 14 et 15).

(87) C. BIQUET-MATHIEU, « Aspects de la réparation du dommage en matière contractuelle », in P.A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, n^o 5 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 173. En droit français, A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, pp. 201 et s.

(88) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1643 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n^o 610.

(89) I. DURANT, « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001, p. 344, n^o 48 ; J.-L. FAGNART, « Les intérêts ou le prix de la patience », *R.G.D.C.*, 2006, p. 194, n^o 25 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n^o 612.

Dans l'ensemble, c'est un souci de compensation et non de punition qui sous-tend les règles relatives aux intérêts moratoires.

2. *Dans les transactions commerciales*

24. Le législateur a imprimé un caractère davantage punitif aux dommages et intérêts en instaurant, dans la loi du 2 août 2002 visant à lutter contre le retard de paiement dans les transactions commerciales telle que modifiée par la loi du 22 novembre 2013⁽⁹⁰⁾, un taux supérieur au taux de l'intérêt légal qui permettra d'arrêter le montant des intérêts moratoires dus par le débiteur défaillant. En effet, après avoir précisé que « si le créancier a rempli ses obligations contractuelles et légales et n'a pas reçu le montant dû à l'échéance, il a droit, à compter du jour suivant, de plein droit et sans mise en demeure, au paiement d'un intérêt, sauf pour le débiteur à démontrer qu'il n'est pas responsable du retard », l'article 5 de la loi indique que « s'il n'en a été autrement convenu par les parties dans le respect de l'article 7, cet intérêt est l'intérêt au taux directeur majoré de huit points de pourcentage et arrondi au demi-point de pourcentage supérieur ».

L'article 5 déroge donc à l'article 1153 du Code civil selon lequel, sauf exception légale, les dommages et intérêts dus en raison du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une certaine somme ne consistent jamais que dans les intérêts légaux. Or, au travers de la « forfaitarisation » du montant des dommages et intérêts, l'article 1153 du Code civil dissimulerait déjà, selon certains auteurs, un caractère punitif⁽⁹¹⁾. L'article 5 présente donc *a fortiori* un caractère punitif puisque le taux de l'intérêt légal s'élève, pour l'année 2014, à 2,75 %⁽⁹²⁾ et que celui de l'intérêt légal applicable en cas de retard de paiement dans les transactions commerciales s'élève, pour le premier semestre de l'année 2014, à 7,5 % pour les contrats conclus avant le 16 mars 2013 et à 8,50 % pour

(90) Pour un commentaire de cette loi, voy. J.-R. DIRIX, « Du changement dans la lutte contre les retards de paiement », *Immobilier*, 2014/3, pp. 1 à 4.

(91) C. CAUFFMAN, « Naar een punitief Europees verbintenissenrecht ? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 805. *Contra* J.-L. FAGNART, « La peine privée : une réalité qui dérange ? », *op. cit.*, p. 142.

(92) Avis relatif au taux d'intérêt légal, *M.B.*, 20 janvier 2014.

les contrats conclus, renouvelés ou prolongés à partir du 16 mars 2013⁽⁹³⁾.

25. Le caractère punitif est d'autant plus présent que la majoration du taux de l'intérêt légal ne peut en aucun cas être justifiée par l'indemnisation d'éventuels frais de recouvrement exposés par le créancier. En effet, l'article 6 de la loi du 2 août 2002 prévoit que « le créancier a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure, d'une indemnité forfaitaire de 40 euros pour les frais de recouvrement qu'il a encourus » et « à une indemnisation raisonnable pour tous les autres frais de recouvrement venant en sus dudit montant forfaitaire et encourus par suite du retard de paiement ». Il est d'ailleurs possible de trouver la confirmation de ce caractère punitif dans le 33^e considérant de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte)⁽⁹⁴⁾ dont la loi du 2 août 2002, modifiée par la loi du 22 novembre 2013, assure la transposition en droit belge. Celui-ci précise que « les conséquences d'un retard de paiement ne peuvent être dissuasives que si elles sont assorties de procédures de recours rapides et efficaces pour le créancier ». Or, la volonté de dissuader a partie liée avec la volonté de punir.

26. Si l'article 5 s'applique « nonobstant toute convention contraire des parties » dans les transactions commerciales entre entreprises et pouvoirs publics, il présente une nature supplétive dans les transactions commerciales entre entreprises puisqu'il vaut alors « s'il n'en a été autrement convenu par les parties ». Le législateur belge a néanmoins prévu une limite à la volonté des parties puisque pareille dérogation doit s'effectuer dans le respect de l'article 7 de la loi du 2 août 2002 qui accorde au juge, sur demande du créancier, un pouvoir de révision des clauses contractuelles dérogatoires à la loi « lorsque, compte tenu de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits ou des services, elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier ». Pour apprécier le

(93) Avis relatif au taux d'intérêt applicable en cas de retard de paiement dans les transactions commerciales, *M.B.*, 23 janvier 2014.

(94) Pour un commentaire de cette directive, M. DUPONT, « Du nouveau en matière de lutte contre les retards de paiement », *R.E.D.C.*, 2012/1, pp. 35 à 38.

caractère abusif d'une telle clause contractuelle, la disposition légale, aux termes de son alinéa 2, invite le juge à vérifier « si la clause contractuelle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties et si le débiteur a des raisons objectives pour déroger [au prescrit légal] ». Le juge est toutefois privé de son pouvoir d'appréciation dans deux hypothèses. En effet, l'article 7 de la loi du 2 août 2002 indique, en son alinéa 3, que « toute clause contractuelle ou pratique excluant le versement d'intérêts pour retard de paiement est considérée comme manifestement abusive » et, en son alinéa 4, qu'« une clause contractuelle ou une pratique excluant l'indemnisation pour les frais de recouvrement prévue à l'article 6 est présumée être manifestement abusive ».

27. Si le créancier se voit ainsi protégé contre un éventuel abus de la part de son débiteur, ce dernier n'est pas pour autant démuné dès lors que le pouvoir de révision dont dispose le juge ne peut le conduire à gonfler le montant des dommages et intérêts dus en cas de retard de paiement. Le législateur belge a, en effet, estimé nécessaire de prévoir un garde-fou : « les conditions équitables que le juge détermine ne peuvent pas accorder au créancier plus de droits que ceux dont il disposerait en vertu des dispositions du présent chapitre ».

III. – LA COMPENSATION DES ATTEINTES À DES INTÉRÊTS OU DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

A. – *Le dommage moral : hors-prix ?*

28. La nature extrapatrimoniale du dommage moral le rend difficilement réparable. En effet, la réparation doit tendre à procurer à la victime une situation équivalente à celle dont elle aurait bénéficié si le préjudice ne s'était pas produit. Il faut donc une commune mesure entre la compensation et le préjudice⁽⁹⁵⁾. Or, une indemnité monétaire n'a aucune commune mesure avec le dommage moral et ne saurait donc, rigoureusement parlant, le compenser. L'octroi d'une indemnité monétaire à la victime d'un tel préjudice doit donc trouver une autre justification.

(95) E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 128.

Selon E. Montero, celle-ci réside dans le caractère punitif des dommages et intérêts lié à leur fonction de peine privée. La sanction des fautes qui sont à l'origine de dommages essentiellement moraux constitue un terrain privilégié pour le développement de la fonction préventive *et* répressive de la responsabilité « dès lors qu'en ce domaine, la fonction réparatrice de la responsabilité civile s'avère irréalisable, à moins d'un fameux artifice – en raison de la difficulté d'évaluer le dommage moral – l'indemnité allouée a surtout un caractère de sanction et trouve sa justification profonde dans l'idée de peine privée »⁽⁹⁶⁾.

Cette mise en exergue de la fonction punitive ou répressive de la responsabilité civile heurte de plein fouet la conception que la Cour de cassation se fait de la réparation du dommage moral. Rappelons que, selon la Cour, « l'action en réparation d'un dommage moral n'a pas pour but d'infliger une peine privée à la partie responsable du dommage » et que « l'indemnité ne peut notamment être proportionnelle à la gravité relative des faits commis »⁽⁹⁷⁾.

Entre ces deux positions antagonistes, il y a peut-être place pour une voie moyenne, que soutiennent E. Mackaay et S. Rousseau, dans une perspective d'analyse économique du droit : « Devant la difficulté de chiffrer ce préjudice [moral], il est tentant de fixer un montant modeste mais arbitraire ou encore de mettre en doute son caractère dommageable. Il convient de rappeler que le montant que fixe la jurisprudence devient le barème d'orientation pour tous ceux qui seraient tentés de transgresser ces intérêts extrapatrimoniaux. La fixation de dommages réalistes est donc essentielle dans une conception où le droit a pour mission de faire respecter les droits »⁽⁹⁸⁾. En sanctionnant l'auteur d'un dommage difficilement évaluable, la responsabilité civile exerce une fonction normative ou régulatrice. Encore faut-il qu'elle le fasse de façon cohérente.

B. – *Le dommage moral lié aux atteintes à l'intégrité corporelle*

29. Les dommages et intérêts alloués en réparation des préjudices moraux liés à des atteintes à l'intégrité corporelle restent

(96) *Ibid.*, p. 131.

(97) Cass., 10 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 147.

(98) E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 341, n° 1214.

modestes⁽⁹⁹⁾. On pourrait néanmoins déceler un caractère punitif dans les décisions qui s'écartent des forfaits proposés par le tableau indicatif ou dans celles qui évaluent distinctement les préjudices spécifiques tels que le *pretium doloris*, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel ou encore le préjudice esthétique dès lors que le dommage moral est censé couvrir l'ensemble des douleurs et désagréments liés à l'accident. À notre avis, ces distinctions traduisent davantage la volonté de coller à la réalité du dommage et de tendre à sa réparation intégrale que de punir le responsable.

Pour évaluer le préjudice moral subi par les proches en cas de décès, les juges du fond retiennent fréquemment un certain nombre de circonstances aggravantes qui leur permettent de majorer les dommages et intérêts⁽¹⁰⁰⁾. C'est ainsi qu'ils tiennent compte du fait que le décès soit intervenu dans des circonstances jugées plus tragiques (noyade⁽¹⁰¹⁾, accident d'avion⁽¹⁰²⁾, catastrophe ferroviaire⁽¹⁰³⁾, agression routière⁽¹⁰⁴⁾, effondrement d'un monument funéraire⁽¹⁰⁵⁾), que le proche du défunt ait assisté à l'accident⁽¹⁰⁶⁾ ou que l'accident soit survenu à proximité de l'habitation⁽¹⁰⁷⁾. Parmi les circonstances retenues, certaines, comme le comportement inadéquat du responsable après l'accident⁽¹⁰⁸⁾, peuvent dissimuler une volonté de punir, d'autant que la majoration est bien réelle au regard des montants traditionnellement rencontrés⁽¹⁰⁹⁾.

L'état de la victime après l'accident (mutilations importantes⁽¹¹⁰⁾, décès non instantané mais faisant suite à une longue

(99) Ceci ressort de la chronique de D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2006-2007*, vol. 2, *Le dommage et sa réparation*, coll. Les Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2009.

(100) *Ibid.*, pp. 345 et s.

(101) Bruxelles, 15 juin 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.159.

(102) Civ. Bruxelles, 18 novembre 2003, *R.G.A.R.*, 2005, n° 14.001.

(103) Pol. Nivelles (sect. Wavre), 2 avril 2007, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.327.

(104) Liège, 20 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.556.

(105) Liège, 31 mars 2006, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.315.

(106) Corr. Nivelles, 21 octobre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.685 ; Anvers, 4 février 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.097.

(107) Corr. Louvain, 13 novembre 2003, *C.R.A.*, 2005, p. 9.

(108) Pol. Verviers, 25 juin 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 14.327.

(109) D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2006-2007*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 347 et s.

(110) Civ. Bruxelles, 18 novembre 2003, *R.G.A.R.*, 2005, n° 14.001 ; Anvers, 4 février 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.097 ; Pol. Bruxelles, 22 octobre 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.083.

hospitalisation⁽¹¹¹⁾...) ou des circonstances relatives à la situation familiale (longueur de la vie commune interrompue par l'accident⁽¹¹²⁾, veuve ou compagne enceinte au moment du décès⁽¹¹³⁾, perte d'un enfant unique⁽¹¹⁴⁾, proche survivant présentant des problèmes de santé⁽¹¹⁵⁾, etc.) sont des éléments retenus par les juges du fond pour octroyer des dommages et intérêts plus élevés.

30. Les indemnisations interviennent parfois dans des événements se répercutant à grande échelle et jouissant d'une couverture médiatique importante. Ceci pourrait conduire les juges à majorer, consciemment ou non, le montant des dommages et intérêts⁽¹¹⁶⁾. Il n'est pas exclu que ce phénomène ait joué dans le jugement rendu par le tribunal de première instance de Bruxelles le 28 novembre 2011 dans l'affaire Éternit, en raison du caractère international de l'intoxication à l'amiante⁽¹¹⁷⁾.

Au terme d'une décision de près de cinquante pages, le tribunal de première instance de Bruxelles condamne la société Eternit à payer un montant de 250 000 EUR de dommages et intérêts – dommages matériel et moral confondus – aux proches de la victime décédée des suites d'un mésothéliome, contracté en raison d'une longue exposition à l'asbeste. Afin de donner un ordre de grandeur, signalons que la jurisprudence octroie un montant de 25 000 EUR à titre d'indemnisation du préjudice moral pour la perte d'un enfant, reconnue comme la pire des souffrances.

Après avoir rappelé que la souffrance morale induite par la perte d'un être cher ne peut pas être apaisée par le paiement d'une

(111) Corr. Tournai, 15 octobre 2004, *R.G.A.R.*, 2005, n° 14.043 ; Gand, 24 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 57 ; Bruxelles, 13 avril 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.803.

(112) Corr. Nivelles, 21 octobre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.685.

(113) Corr. Hasselt, 20 juin 2001, *Bull. ass.*, 2002, p. 440, obs. P. GRAULUS ; Corr. Audenarde, 13 juin 2005, *Bull. ass.*, 2005, p. 752.

(114) Civ. Bruxelles, 8 janvier 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.207 ; Bruxelles, 29 novembre 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.811 ; Mons, 14 mars 1997, *Bull. ass.*, 1997, p. 683.

(115) Gand, 12 mars 1999, *Bull. ass.*, 1999, p. 537 ; Civ. Bruxelles, 24 février 2006, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.234.

(116) En ce qui concerne Ghislenghien, voy. Mons, 28 juin 2011, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.768 ; *Entr. et dr.*, 2012/1, p. 6 ; Cass., 14 novembre 2012, *R.G.A.R.*, 2012, n° 15.009.

(117) Civ. Bruxelles, 28 novembre 2011 (jurisprudence en bref), *Amén.-Env.*, 2012, p. 192, obs. X. THUNIS.

somme d'argent, le tribunal de première instance de Bruxelles précise qu'il est important pour les victimes d'être reconnues en tant que telles et que la réparation du dommage peut exprimer cette reconnaissance. Offrir « une petite contribution » (*kleine bijdrage*) aux victimes peut les aider à retrouver en partie leur tranquillité d'esprit. Pour justifier le montant de la condamnation, le juge rappelle que c'est l'attitude d'Éternit qui a mené à la souffrance de la victime et de ses proches et qu'il convient de prendre en compte cette souffrance concrète pour déterminer le montant de la compensation. Il retient les circonstances suivantes : la victime savait que la maladie dont elle souffrait serait fatale à brève échéance et que cette maladie trouvait son origine dans l'entreprise à laquelle son époux avait consacré sa vie professionnelle, ce qui lui avait également coûté la vie.

Au vu du montant octroyé, le juge se sent obligé de préciser qu'« il est à noter que cette considération n'est pas dictée par la volonté de punir Éternit » dès lors que « le droit belge de la responsabilité ne connaît pas le système des 'punitive damage' ou 'dommages et intérêts punitifs' comme il en existe en droit anglo-saxon ».

Bien que le juge s'en réfère au principe de la réparation intégrale et *in concreto* du dommage, on ne peut s'empêcher de penser que les dommages et intérêts octroyés ont un caractère punitif. Le juge souligne avec force le cynisme avec lequel la société Éternit a exposé ses employés et l'environnement au danger que représentait l'amiante. Il reproche à la société d'avoir poursuivi son activité sans prendre la moindre mesure de sécurité alors qu'elle savait, vu son implication dans les réseaux internationaux, qu'elle travaillait avec un produit potentiellement mortel.

Cette décision mérite de retenir l'attention⁽¹¹⁸⁾. En Belgique, c'est la première décision qui applique les principes de la responsabilité civile au dommage résultant d'une exposition à l'amiante. La jurisprudence française est plus fournie. Indépendamment de la réparation du préjudice matériel, elle autorise la réparation d'un préjudice d'anxiété au profit des salariés exposés à l'amiante⁽¹¹⁹⁾.

(118) Cette décision est frappée d'appel.

(119) C. WILLMANN, « Faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante : une jurisprudence attendue quoique critiquée », *D.*, 19 juin 2014, p. 1312.

C. – *Le dommage moral lié aux atteintes aux droits de la personnalité*

31. Traditionnellement, les condamnations prononcées par les cours et tribunaux à la suite d'atteintes aux droits de la personnalité se limitaient au franc symbolique ou à des montants dérisoires⁽¹²⁰⁾. La comparaison de ces montants avec les profits retirés d'un certain journalisme à sensation était choquante. Une jurisprudence aussi indulgente constituait « un encouragement à poursuivre dans la voie de pratiques journalistiques, sinon soucieuses de vérité, en tout cas lucratives »⁽¹²¹⁾ et aboutissait à une quasi-immunité de la presse.

Les débordements liés à l'affaire Dutroux ont cependant conduit les juridictions belges à accorder des dommages et intérêts substantiels en réparation des atteintes aux droits de la personnalité. Cette nouvelle tendance résulte sans doute d'une prise de conscience du caractère lucratif des atteintes à l'honneur, à la bonne réputation ou des intrusions dans la vie privée.

L'examen des décisions antérieures à l'affaire Dutroux conduisait déjà à la conclusion suivante : « en toute hypothèse, les condamnations prononcées par les juridictions belges sont dérisoires en comparaison des sommes accordées dans des pays voisins »⁽¹²²⁾. Au regard de cette conclusion, la décision prononcée le 12 avril 1996 par le tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire 'Sardou' faisait figure d'exception dès lors qu'elle condamnait le journal *La Dernière Heure-Les Sports* à un montant de 250 000 FB, soit 6 250 EUR, à titre de réparation du dommage moral⁽¹²³⁾.

Les montants importants accordés par des décisions relatives à l'affaire Dutroux révèlent le caractère punitif des dommages et intérêts prononcés en matière d'atteintes aux droits de la personnalité. Curieusement, la condamnation à un euro symbolique comportait déjà un caractère punitif puisqu'une demande tendant à ce genre de condamnation invite le juge « à concentrer son attention non sur le préjudice subi, mais plutôt sur le comportement

(120) E. VERJANS, « Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten », *R.W.*, 2013-2014, n^{os} 26-27.

(121) E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 125.

(122) *Ibid.*, p. 126.

(123) Civ. Bruxelles, 2 avril 1996, *A. & M.*, 1997, p. 314.

répréhensible »⁽¹²⁴⁾. La condamnation à un euro symbolique était toutefois dépourvue d'effet dissuasif et trahissait le peu de considération pour le dommage moral subi par la victime⁽¹²⁵⁾.

32. Chef de file de la nouvelle tendance, une décision du tribunal de première instance de Bruxelles du 16 décembre 1997 octroie à la juge d'instruction Martine Doutrève un montant de 500 000 FB (soit 12 500 EUR) pour l'indemnisation du dommage moral dont elle avait été victime à la suite d'une campagne de presse⁽¹²⁶⁾. Saisie d'un recours contre cette décision, la cour d'appel de Bruxelles ne semble pas adhérer à cette tendance puisqu'elle ramène cette somme à un franc symbolique. Ceci au motif que « Martine Doutrève ne démontre pas que cette atteinte aurait eu des conséquences financières quelconques pour elle »⁽¹²⁷⁾. Cette motivation confond, à notre avis, le préjudice matériel et le préjudice moral.

Dans une décision ultérieure, le tribunal de première instance de Bruxelles statue sur le dommage moral causé à Martine Doutrève par la publication de ses notes personnelles préparées pour sa comparution devant la commission d'enquête parlementaire relative aux disparitions d'enfants. Il lui accorde une somme de 500 000 FB (soit 12 500 EUR)⁽¹²⁸⁾.

Dans le même registre, le tribunal de première instance de Bruxelles alloue un montant de 500 000 FB (soit 12 500 EUR) à un gendarme pour réparer le dommage moral causé par la publication d'articles de presse dénotant un acharnement certain à son égard⁽¹²⁹⁾. La cour d'appel de Bruxelles se met au diapason et confirme le montant octroyé⁽¹³⁰⁾.

(124) E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 124.

(125) *Ibid.*, p. 125.

(126) Civ. Bruxelles, 16 décembre 1997, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, note F. JONGEN ; *A. & M.*, 1998/3, p. 260 ; *J.L.M.B.*, 1998, p. 204.

(127) Bruxelles, 5 février 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 26, note F. JONGEN ; *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.296, obs. R.O.D. ; *A. & M.*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM.

(128) Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1602.

(129) Civ. Bruxelles, 28 octobre 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.340 ; *A. & M.*, 2000, p. 113.

(130) Bruxelles, 16 février 2001, *A. & M.*, 2002/3, p. 282 ; *Journ. proc.*, 2001, n° 411, p. 22.

Dans un litige opposant cinq sous-officiers de la gendarmerie à deux journalistes à la suite d'une campagne de presse incessante et systématique les concernant, le tribunal de première instance de Bruxelles condamne les deux journalistes à payer à l'un des sous-officiers la somme de 990 000 FB (soit 24 750 EUR) et à chacun des quatre autres celle de 297 000 FB (soit 7 425 EUR)⁽¹³¹⁾. Cette condamnation représente « l'une des plus fortes condamnations civiles jamais prononcées par un tribunal belge »⁽¹³²⁾.

Autre contexte : dans l'émission « Je cherche un millionnaire », une personne est présentée comme n'acceptant de nouer des relations amoureuses qu'avec des hommes très riches. Par une décision du 19 mai 2000⁽¹³³⁾, le tribunal de première instance de Bruxelles considère que son droit à l'image a été bafoué et lui accorde une somme de 702 000 BEF, soit 17 402,12 EUR, correspondant à un euro par téléspectateur qui avait pu regarder l'émission. Nous partageons l'avis de D. de Callataÿ et de N. Estienne qui repèrent dans cette décision « un caractère punitif contraire au principe indemnitaire qui doit gouverner la réparation du dommage »⁽¹³⁴⁾.

33. Certains tribunaux se plaisent à rappeler que « la somme versée à la victime ne peut jamais être une façon de punir le responsable mais seulement un mode d'indemnisation »⁽¹³⁵⁾. Dans une décision inédite du 30 avril 2002, le tribunal de première instance de Bruxelles répète ainsi que « si les dommages-intérêts alloués à une victime d'atteinte à son honorabilité ne doivent pas punir l'auteur de l'atteinte, ceux-ci doivent cependant réparer le dommage moral de la manière la plus complète »⁽¹³⁶⁾.

(131) Civ. Bruxelles, 16 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 117.

(132) E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias. Les devoirs et la responsabilité des acteurs des médias : aperçu de la jurisprudence belge », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, t. 26bis, Waterloo, Kluwer, 2003, p. 39.

(133) Civ. Bruxelles, 19 mai 2000, *A. & M.*, 2000, p. 338.

(134) D. DE CALLATAÿ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2006-2007*, vol. 2, *op. cit.*, p. 500. Comp. E. VERJANS, « Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten », *op. cit.*, n° 27.

(135) Civ. Liège, 21 septembre 1999, *Journ. proc.*, 2000, n° 384, p. 29 ; *A. & M.*, 2000, p. 155, note F. JONGEN. Dans le même sens, voy. Civ. Bruxelles, 30 avril 2002, inédit, R.G. n° 2001/517/A ; Bruxelles, 5 février 1999, précité ; Civ. Liège, 15 décembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 160.

(136) Civ. Bruxelles, 30 avril 2002, inédit, précité.

Le tribunal de première instance de Bruxelles se démarque de cette rhétorique indemnitaire en estimant qu'un montant de 5 000 EUR est nécessaire « eu égard [...] au fait que ce n'est pas la première fois que l'hebdomadaire en cause adopte un tel comportement fautif à l'égard du demandeur ». Cette considération exprime davantage « une certaine volonté de punir plus lourdement le récidiviste que le souci de faire cas d'une circonstance de nature à aggraver le dommage réparable »⁽¹³⁷⁾.

Cette nouvelle tendance ne fait cependant pas l'unanimité. Dans un arrêt du 3 avril 2003, la cour d'appel de Bruxelles décide que le préjudice moral résultant d'une atteinte à l'honneur est adéquatement réparé par la reconnaissance publique de la faute du journaliste et la publication du jugement. Elle refuse, par conséquent, d'octroyer des dommages et intérêts aux motifs qu'il convient d'opérer « une nette distinction entre l'indemnisation d'un préjudice et la sanction d'un comportement culpeux sous la forme du paiement d'une somme d'argent » et que « statuant sur la base de l'article 1382 du Code civil, il n'appartient pas aux cours et tribunaux de prononcer des condamnations dissuasives de poursuivre dans la voie de pratiques journalistiques répréhensibles »⁽¹³⁸⁾.

Dans un jugement du 8 juin 1999⁽¹³⁹⁾, le tribunal de première instance de Bruxelles décide également que le montant de la réparation due à une personne morale de droit public, en raison de l'atteinte portée à son honneur et à sa réputation, doit être limité à un montant symbolique « dès lors qu'il n'est pas indiqué que la personne morale de droit public puisse tirer un avantage pécuniaire d'une telle réparation ». Cette motivation suggère que le montant susceptible d'être octroyé en indemnisation du dommage moral dissimule des dommages et intérêts à caractère punitif. Tel est le sens de l'enrichissement de la victime dès lors que l'octroi de dommages et intérêts punitifs à la

(137) Nous citons ici la synthèse qu'en donnent E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias. Les devoirs et la responsabilité des acteurs des médias : aperçu de la jurisprudence belge », *op. cit.*, p. 40.

(138) Bruxelles, 3 avril 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.909 ; *A. & M.*, 2003, p. 303, et note F. J.

(139) Civ. Bruxelles, 8 juin 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 381, p. 25, et obs. Fr. JONGEN.

victime rend « la faute lucrative à son égard en sur-indemnisant son préjudice »⁽¹⁴⁰⁾.

34. La jurisprudence majoritaire semble mettre à profit la liberté d'appréciation dont elle jouit pour octroyer des montants dont l'ampleur invite à se demander s'ils ne dissimulent pas une volonté de punir le responsable. Selon S. Carval, les juges s'abritent derrière leur pouvoir souverain d'appréciation du dommage moral et, pour éviter la censure de leurs décisions, laissent aux lecteurs de ces décisions le soin « de chercher dans la description de la faute [les] motifs qui [les] ont poussé[s] à 'forcer' le montant de la sanction »⁽¹⁴¹⁾.

Cette recherche est toutefois délicate. Grâce à son abstraction et à ses qualités – fongibilité et liquidité –, la monnaie convertit dans un langage commun les choses les plus hétérogènes et donne pratiquement un prix à tout, aux biens comme aux dommages. Abstraite, la monnaie ne révèle pas la nature de ce qu'elle traduit ou l'intention réelle de celui qui y recourt. Une décision judiciaire rendue *ex aequo et bono*, hormis si elle condamne le responsable à un montant manifestement disproportionné, donne peu d'indications sur une éventuelle intention punitive.

D. – *Le dommage moral en matière contractuelle*

35. Alors que le principe d'un dommage moral en cas d'inexécution contractuelle fut longtemps contesté⁽¹⁴²⁾, des montants parfois substantiels ont été octroyés par les juges pour en assurer l'indemnisation. Ces montants peuvent avoir une visée punitive. Celle-ci ressort notamment du montant de dommages et intérêts octroyés pour la perte de biens qui, généralement, ne possèdent aucune valeur marchande mais auxquels s'attache une grande valeur sentimentale.

C'est ainsi que le juge de Paix du 2^e canton de Liège condamne un laboratoire de photos à un montant de 15 000 FB (soit 375 EUR) à titre d'indemnisation du dommage moral lié à la perte d'un

(140) D. FASQUELLE et R. MESA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.949.

(141) S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 206.

(142) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVI, Bruxelles, Bruylant, n° 281 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligations*, t. I^{er}, n° 480.

film contenant des photos d'un anniversaire et d'un voyage en Espagne⁽¹⁴³⁾. Dans la droite ligne de cette décision, le juge de paix de Saint-Gilles, dans un litige opposant un jeune couple à un laboratoire de photos qui avait perdu les quatre films du voyage de nocces qu'il venait d'effectuer en Grèce, octroie un montant de 30 000 FB (soit 750 EUR) au titre de dommage moral⁽¹⁴⁴⁾.

36. Dans un autre registre, le tribunal de première instance de Nivelles condamne un entrepreneur, dont les malfaçons avaient conduit à la démolition de ce qui avait déjà été construit, à verser un montant de 650 000 FB (soit 16 250 EUR) à un couple au motif qu'il en était résulté une dépression nerveuse pour l'épouse du maître de l'ouvrage⁽¹⁴⁵⁾.

La cour d'appel de Liège considère, quant à elle, qu'il est justifié d'indemniser le dommage moral subi par les maîtres de l'ouvrage en raison de l'impact négatif que des infiltrations d'eau répétées, dues aux malfaçons d'un architecte, avaient eu sur leur psychisme⁽¹⁴⁶⁾. La même cour accorde également un montant de 2 500 EUR à titre de dommage moral à une femme tombée dans un état dépressif sérieux. Celui-ci résultait d'un long litige qui l'avait opposée à une entreprise publique à propos de travaux ayant entraîné d'importants problèmes d'inondations et d'humidité dans son immeuble⁽¹⁴⁷⁾.

La cour d'appel de Bruxelles a, par contre, refusé de réparer le dommage moral qu'une société commerciale prétendait avoir subi ensuite de l'angoisse de se voir refuser la régularisation du permis de bâtir et de la perspective d'une éventuelle démolition de l'immeuble⁽¹⁴⁸⁾.

37. Mentionnons encore, au rayon des décisions susceptibles de dissimuler des dommages et intérêts à caractère punitif, la condamnation d'une banque à réparer le dommage moral causé à son client par la dénonciation brutale de l'ouverture de crédit qui lui

(143) J.P. Liège (2^e cant.), 20 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 2000, p. 562.

(144) J.P. Saint-Gilles, 26 juin 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 561 ; *D.C.C.R.*, 2001, p. 80.

(145) Civ. Nivelles (9^e ch.), 22 août 2000, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2003, p. 549.

(146) Liège, 4 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1999, p. 5.

(147) Mons, 15 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1215.

(148) Bruxelles, 28 février 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n^o 13610, note.

avait été accordée⁽¹⁴⁹⁾, celle d'une société distributrice d'électricité à réparer le dommage moral subi à la suite d'une coupure abusive d'électricité⁽¹⁵⁰⁾ ou celle d'un médecin à réparer le dommage moral lié à naissance d'un enfant après une opération de stérilisation ratée⁽¹⁵¹⁾.

IV. – LE CONTENTIEUX DES DROITS INTELLECTUELS

38. Le domaine des atteintes aux droits intellectuels se prête parfaitement à l'analyse du caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. En effet, « Le non-respect des droits intellectuels est un phénomène qui affecte plus généralement le fonctionnement de l'économie » et « apparaît dès lors comme un comportement nuisible qui doit être sanctionné »⁽¹⁵²⁾. Les juges amenés à accorder des dommages et intérêts en réparation d'atteintes portées à des droits intellectuels pourraient donc être tentés d'imprimer à ceux-ci un caractère punitif plutôt qu'indemnitaire.

A. – *Une pratique jurisprudentielle à visée punitive en matière de droits d'auteur*

39. En matière de droits intellectuels, une application stricte du principe suivant lequel la réparation équivaut au dommage subi requiert de « limiter la condamnation du contrefacteur au seul paiement à la victime, soit des droits qu'elle aurait pu négocier en contrepartie de son autorisation d'utiliser son œuvre, soit du bénéfice qu'elle n'a pas pu réaliser du fait de cette contrefaçon ». Elle est aussi « de nature à inciter tout un chacun à courir le risque de la contrefaçon, puisque finalement, le contrefacteur ne payera que ce qu'il aurait dû payer s'il avait agi de manière licite »⁽¹⁵³⁾. En effet, la seule application des principes traditionnels de la responsabilité

(149) Bruxelles, 4 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1989, p. 394.

(150) Civ. Charleroi, 30 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 388.

(151) Civ. Anvers, 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 401.

(152) M. BUYDENS, « La réparation du dommage en droit de la propriété intellectuelle », in *Droits intellectuels : le contentieux (compétence, procédure, sanctions)*, CUP, vol. 132, Liège, Anthemis, 2012, p. 144.

(153) S. MALENGREAU, « Atteinte aux droits d'auteur : dommages et intérêts », *I.R.D.I.*, 2003, p. 192.

civile rend la contrefaçon lucrative⁽¹⁵⁴⁾ dans la mesure où les dommages et intérêts octroyés sont souvent inférieurs au profit tiré de la contrefaçon⁽¹⁵⁵⁾.

Tenant compte de cette réalité, les juges ayant à trancher des litiges en matière de reproduction, sans autorisation, d'œuvres plastiques ont sanctionné les contrefacteurs sur la base des tarifs pratiqués par les sociétés de gestion collective comme la SABAM et la SOFAM. Celles-ci « réclament au nom de leur membre, à titre de manque à gagner, le montant des droits d'auteur correspondant au tarif applicable », majoré des indemnités prévues en cas de non-respect des droits d'auteur patrimoniaux et/ou moraux⁽¹⁵⁶⁾.

Si la majorité des juges condamne le contrefacteur non seulement au montant des droits d'auteur prévu par le tarif mais aussi aux majorations⁽¹⁵⁷⁾, d'autres, comme la cour d'appel de Gand, rappellent la nécessité de limiter la réparation au dommage réellement subi⁽¹⁵⁸⁾. Dans sa motivation, la cour n'hésite pas à qualifier d'amendes les majorations prévues par les sociétés de gestion collective et en conclut au caractère inacceptable de la demande qui les inclut⁽¹⁵⁹⁾. La jurisprudence majoritaire se défend d'imprimer un caractère punitif aux dommages et intérêts qu'elle accorde en précisant que « l'indemnité complémentaire pour reproduction non autorisée ne constitue pas une peine privée mais la réparation d'un dommage dont la difficile évaluation est forfaitaire »⁽¹⁶⁰⁾. S. Malengreau identifie néanmoins dans la jurisprudence majoritaire un système de réparation-sanction par l'octroi de dommages et intérêts punitifs dès lors que l'application des majorations des

(154) Sur la notion de faute lucrative, voy. M. SÉJAN, « La restitution du profit illicite », *R.I.D.C.*, 2014/2, pp. 345 et s., en part. p. 357, où l'auteur distingue deux définitions de la faute lucrative.

(155) Voy. dans cet ouvrage les contributions de D. Philippe et S. Carval.

(156) S. MALENGREAU, « Atteinte aux droits d'auteur : dommages et intérêts », *op. cit.*, p. 193.

(157) Civ. Bruxelles, 9 juin 1997, *A. & M.*, 1997, p. 390 ; Civ. Bruxelles, 10 février 1998, *A. & M.*, 1998, p. 363 ; Bruxelles, 25 février 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 93 ; J.P. Bruxelles, 7 janvier 1998, *A. & M.*, 1999, p. 75 ; Bruxelles, 23 mars 2001, *A. & M.*, 2001, p. 375, note E. DERCLAYE et A. CRUQUENAIRE ; Civ. Bruxelles, 24 juin 1999, *A. & M.*, 2001, p. 373 ; Bruxelles, 11 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/10, p. 462.

(158) Gand, 4 mars 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 169.

(159) Gand, 22 avril 1998, *I.R.D.I.*, 1998, p. 232, note B. DE VUYST.

(160) Civ. Bruxelles, 30 mai 2003, *A. & M.*, 2004, p. 337.

tarifs arrêtés par les sociétés de gestion collective « peut conduire à la condamnation de contrefacteur [...] à payer trois fois le montant initialement dû »⁽¹⁶¹⁾.

40. En ce qui concerne le dommage moral de l'auteur contrefait, il apparaît que les juges se montrent de plus en plus généreux dans l'octroi de dommages et intérêts⁽¹⁶²⁾. On peut se demander si cette générosité ne cache pas la volonté de punir l'auteur de la contrefaçon dès lors qu'en cette matière comme dans d'autres, le préjudice moral ne peut faire l'objet que d'une évaluation *ex aequo et bono*.

B. – *La décision de la Cour de cassation du 13 mai 2009 :
un coup d'arrêt*

41. La pratique jurisprudentielle, qui consiste à majorer les droits érudés de 100 % à 300 % à des fins dissuasives, a été condamnée par un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 2009⁽¹⁶³⁾. Cet arrêt casse une décision rendue le 17 décembre 2008 par la cour d'appel de Liège qui avait alloué à la victime d'une contrefaçon, d'une part, une somme représentant le montant des redevances que le contrefacteur aurait dû lui verser s'il avait demandé et obtenu l'autorisation requise pour la reproduction des œuvres protégées et, d'autre part, une somme supplémentaire égale à 25 % du montant précité.

La cour d'appel avait justifié cette majoration par les frais d'administration exceptionnels causés par l'absence d'autorisation préalable de reproduction et par la nécessité pour le contrefacteur de financer le coût des recherches et des poursuites en matière de piraterie et de contrefaçon. Elle entendait accorder aux dommages et intérêts, dont elle allait gratifier la victime de la contrefaçon, un caractère punitif en considérant que la majoration de 25 % se justifie par son effet dissuasif, cet effet n'étant pas atteint par le seul risque, pour le contrefacteur de devoir payer les droits érudés.

42. Selon la Cour de cassation, « l'article 1382 du Code civil oblige l'auteur de la faute à réparer intégralement le dommage

(161) S. MALENGREAU, « Atteinte aux droits d'auteur : dommages et intérêts », *op. cit.*, p. 191.

(162) Bruxelles, 18 avril 1997, *A. & M.*, 1997, p. 278 ; Civ. Tournai, 8 septembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 145 ; Corr. Malines, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 385.

(163) Cass., 13 mai 2009, *A. & M.*, 2009/4, p. 384.

causé par celle-ci, en manière telle que la personne lésée se retrouve dans la situation qui aurait été la sienne si la faute dont elle se plaint n'avait pas été commise [...] ni la nécessité de pourvoir au financement de la lutte générale contre les atteintes à la propriété intellectuelle ni l'effet dissuasif attaché à l'imposition d'un forfait en plus des droits éludés, ne justifient légalement la décision suivant laquelle ce montant forfaitaire ressortit à la perte effectivement subie par la défenderesse en raison de la faute commise par le demandeur ». Par la même occasion, la Cour confirme l'application stricte du principe de l'équivalence du dommage et de la réparation dans le domaine des atteintes aux droits intellectuels. Celle-ci faisait en effet débat en raison du libellé de l'article 13, 1), premier alinéa, de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle⁽¹⁶⁴⁾.

C. – *La consécration du principe indemnitaire en droits européen et belge*

43. L'article 13, 1), premier alinéa, de la directive 2004/48/CE dispose que « les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir de verser au titulaire du droit des dommages et intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a subi du fait de l'atteinte ».

La directive entendait-elle ou non consacrer la règle de l'équivalence entre le dommage et la réparation ? L'usage de l'expression « adaptés à » pouvait laisser penser que le juge disposait d'une certaine marge d'appréciation tenant compte du caractère lucratif de la faute du contrefacteur. La question était d'autant plus légitime que le considérant n° 26 engage les autorités judiciaires amenées à réparer le préjudice subi à la suite d'une contrefaçon à prendre en considération, pour fixer le montant des dommages et intérêts, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant. Il résulte en effet du caractère lucratif de la faute commise par le

(164) Directive (CE) n° 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O. C.E.*, L 195 du 2 juin 2004.

contrefacteur que le bénéfice réalisé par le contrevenant peut bien souvent se révéler supérieur au préjudice subi par la victime de la contrefaçon.

44. Une lecture combinée de l'article 13, 1), premier alinéa, et du considérant n° 26 de la directive invite cependant à considérer que le législateur européen a entendu consacrer la règle de l'équivalence du dommage et de la réparation. En effet, l'article 13, 1), alinéa premier, fait référence au « préjudice réellement subi » tandis que le considérant n° 26 de la directive précise que « le but est non pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le titulaire du droit tels que les frais de recherche et d'identification ».

Dans le titre IX du livre XI relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle⁽¹⁶⁵⁾, le Code de droit économique transpose la directive 2004/48/CE en droit belge et confirme la règle de l'équivalence entre le dommage et la réparation accordée. Selon l'article 335, § 1^{er}, du Code, la partie lésée a droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de l'atteinte à un des droits intellectuels visés par le Code. Après avoir rappelé qu'il convenait « de se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le juge doit veiller à réparer la totalité du dommage effectivement subi par la victime », les travaux préparatoires de la loi du 9 mai 2007 reprise en substance dans les articles 333 et suivants du Code précisent que l'objectif n'est pas de prévoir des dommages et intérêts punitifs⁽¹⁶⁶⁾.

45. Un rapport du groupe belge de l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (A.I.P.P.I.), datant de septembre 2005, ne s'était pas montré favorable à l'introduction du concept de dommages punitifs en droit belge⁽¹⁶⁷⁾. Ce rapport

(165) Loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, *M.B.*, 10 mai 2007.

(166) Projet de loi relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°s 51-2943/001 et 51-2944/001, p. 28.

(167) B. DAUWE, M. DEMEUR, R. DUPONT, S. LARDINOIT et A. MOTTET, *Les dommages et intérêts punitifs : question controversée des droits de propriété intellectuelle*, Report Q186 au nom du groupe belge de l'AIPPI, disponible sur le site <https://www.aippi.org>.

relève que la mesure de confiscation prescrite par l'article 53 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention⁽¹⁶⁸⁾, qui est actuellement reprise à l'article 335, § 3, du Code, constitue une mesure civile « dont l'application se rapproche fortement de celle des dommages punitifs, à savoir des mesures qui ont pour effet un dédommagement qui dépasse le préjudice réellement subi par les titulaires du droit intellectuel concerné ». Selon la Cour de cassation, cette mesure, déjà prévue par l'ancienne loi sur les brevets de 1854, dépasse le préjudice réel et constitue une véritable pénalité destinée à réprimer la fraude civile⁽¹⁶⁹⁾.

46. En dépit de la règle de l'équivalence du dommage et de la réparation, une partie de la jurisprudence⁽¹⁷⁰⁾ continue à accorder des dommages et intérêts équivalents au double de la redevance manquée. Cette jurisprudence recourt « à une appréciation *ex aequo et bono* parfois peu motivée » qui traduit une majoration du taux de la redevance « pour que celle-ci englobe non seulement le dommage subi du fait des redevances manquées, mais également d'autres postes tels que l'atteinte au monopole ou le préjudice moral »⁽¹⁷¹⁾. M. Buydens précise que le but plus ou moins avoué est « d'arriver à un montant 'dissuasif' par rapport à la licence normalement due »⁽¹⁷²⁾.

D. – *La confiscation et la cession des bénéficiaires ou le maintien du caractère punitif*

47. Bien qu'ils excluent la conception punitive des dommages et intérêts accordés en compensation d'atteintes à des droits de propriété intellectuelle, les travaux préparatoires de la loi du 9 mai 2007 réservent l'hypothèse de la confiscation civile⁽¹⁷³⁾. Cette réserve est toujours valable puisque le Code, dans son article XI.335 prévoit la

(168) Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985.

(169) Cass., 21 mai 1875, *Pas.*, 1875, I, p. 259.

(170) Gand, 19 janvier 2009, *Computerrecht*, 2009, p. 219, note F. PÉTILION ; Anvers, 5 octobre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 217 ; Anvers, 13 octobre 2008, *A. & M.*, 2009/4, p. 391.

(171) M. BUYDENS, « La réparation du dommage en droit de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 155.

(172) *Ibid.*

(173) Projet de loi relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, nos 51-2943/001 et 51-2944/001, p. 28.

confiscation. Il peut en résulter un dédommagement plus élevé que le préjudice subi et présentant donc un caractère punitif.

La mesure de confiscation peut se rapporter au prix des objets contrefaits déjà cédés. Cette mesure était déjà prévue par les législations que le Code a intégrées, à savoir la loi sur les brevets d'invention, la loi du 20 mai 1975 relative à la protection des obtentions végétales, la loi du 10 janvier 1990 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs et la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins⁽¹⁷⁴⁾. Cette dernière loi permettait aussi d'ordonner, dans certains cas, la confiscation en matière de base de données et de programmes d'ordinateur⁽¹⁷⁵⁾. La confiscation est aussi possible en matière de protection des dessins et modèles dès lors qu'il est admis au Benelux de cumuler la protection par les dessins et modèles et celle accordée en vertu de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins⁽¹⁷⁶⁾. La même remarque s'applique à l'action en cession des bénéfices réalisés à la suite de la contrefaçon que prescrivent la loi uniforme Benelux sur les marques et celle sur les dessins et modèles. Cette mesure a été instaurée pour permettre au demandeur de démontrer plus aisément son préjudice à l'égard d'un contrefacteur de mauvaise foi.

48. Notons que l'ensemble de ces mesures est limité au cas de mauvaise foi du contrefacteur. Celle-ci n'étant pas définie par le législateur, il convient, par conséquent, de se référer à la définition que la Cour de cassation a donnée du mot 'sciemment' – qui correspond globalement à la notion de 'mauvaise foi' – dans l'arrêt précité du 21 mai 1875. Selon la Cour, « le contrefacteur agit sciemment lorsqu'il contrefait en pleine connaissance de l'existence, de la force, de l'étendue et de la portée du brevet ». L'assimilation de l'expression 'mauvaise foi' et de l'adverbe 'sciemment' trouve un ancrage dans les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

(174) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.

(175) B. DAUWE, M. DEMEUR, R. DUPONT, S. LARDINOIT et A. MOTTET, *Les dommages et intérêts punitifs : question controversée des droits de propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 3.

(176) *Ibid.*

Suivant une interprétation *a contrario*, doivent donc voir leur bonne foi reconnue non seulement celui qui ignore l'existence du brevet mais également celui qui n'en connaît pas pleinement la force, l'étendue et la portée avec pour conséquence que « le contre-facteur qui a connu l'existence du brevet n'est donc pas nécessairement de mauvaise foi : il peut avoir eu des motifs sérieux et plausibles de ne pas en reconnaître la validité »⁽¹⁷⁷⁾.

V. – AUX FRONTIÈRES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

A. – *Une sanction originale :*

la compensation des troubles excessifs du voisinage

49. Les désagréments qui peuvent survenir dans les rapports de voisinage (infiltrations d'eau, odeurs, bruits de fêtes, cris d'animaux, perte de luminosité, poussières etc.) ne proviennent pas nécessairement d'un fait fautif. Un industriel peut se conformer aux lois et règlements régissant son activité, faire preuve de la diligence et de la prudence requises du bon exploitant et, en dépit de toutes les précautions prises, incommoder son ou ses voisins au-delà de ce qui est supportable. La faute, de plus en plus largement interprétée, a ses limites. Ceci explique l'émergence, en droit belge, de la théorie des troubles de voisinage. Celle-ci consacre une responsabilité sans faute à charge de celui qui impose à son voisin des inconvénients excessifs.

Cette théorie ou plus exactement cette doctrine jurisprudentielle est relativement récente. Elle a été consacrée par deux arrêts célèbres de la Cour de cassation du 6 avril 1960⁽¹⁷⁸⁾. Les voisins, victimes d'un trouble excessif, pourront obtenir non pas réparation intégrale du dommage subi mais compensation destinée à rétablir l'équilibre rompu par l'activité licite dommageable. L'évolution ultérieure a permis à la Cour de préciser cette jurisprudence initiale, d'en élargir le champ d'application sans la démentir⁽¹⁷⁹⁾.

(177) *Ibid.*, p. 5.

(178) *Pas.*, 1960, I, pp. 915 et s., et concl. Av. gén. MAHAUX ; *R.C.J.B.*, 1960, pp. 257 et s., note J. DABIN.

(179) J. HANSENNE, « Examen de jurisprudence (1982-1988). Les biens », *R.C.J.B.*, 1990, pp. 357 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989-1998). Les biens », *R.C.J.B.*, 2000,

50. La matière des troubles de voisinage apparaît tiraillée entre le droit des biens et le droit des obligations, entre une analyse réelle centrée sur les fonds en conflit et une analyse personnelle centrée sur le comportement des auteurs et des victimes de troubles⁽¹⁸⁰⁾.

Le fondement de la théorie en détermine la sanction⁽¹⁸¹⁾. Selon la Cour, l'article 544 du Code civil reconnaît à *tout* propriétaire le droit de jouir de sa chose et permet de sanctionner une rupture anormale d'équilibre, même non fautive, entre des propriétaires de fonds voisins jouissant de droits égaux dont l'équilibre doit être maintenu. Quant à l'obligation de compenser le trouble, la Cour la fonde sur la tradition et sur un principe général, énoncé notamment à l'article 11 (actuellement 16) de la Constitution qui prévoit une juste et adéquate indemnité en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. De la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation et de celle des juridictions de fond, il ressort que l'article 544 du Code civil peut être invoqué tant à l'égard de particuliers que des pouvoirs publics⁽¹⁸²⁾. L'article 16 de la Constitution fournit un argument supplémentaire vis-à-vis de ces derniers.

Ces justifications sont fragiles⁽¹⁸³⁾. Bien qu'elle soit considérée avec quelque méfiance par les juristes, l'équité est parfois proposée par la doctrine comme le véritable fondement du rééquilibrage imposé par la théorie des troubles du voisinage⁽¹⁸⁴⁾.

pp. 308 et s., n^{os} 105 et s. ; C. MOSTIN, *Les troubles de voisinage*, Diegem, Kluwer, 1998 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1433 et s.

(180) R. LIBCHABER, « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 421 et s.

(181) Pour une étude approfondie de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. S. STIJNS et H. VUYE, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Burenhinder*, *op. cit.*, pp. 138 et s.

(182) Cass., 23 mai 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1029, obs. P. HENRY ; *R.C.J.B.*, 1992, p. 179, note J. HANSENNE.

(183) Pour une critique des justifications traditionnelles, J.-L. FAGNART, « Les faits générateurs de responsabilité. Aperçu des principales tendances actuelles », in *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1983, pp. 49 et s.

(184) Nettement en ce sens, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 944 et s., et les nombreuses références citées. Comp. l'analyse critique des différents

51. Cette discussion sur le fondement a son importance pour notre sujet. La Cour de cassation a écarté l'application de l'article 1382 du Code civil et créé un régime de responsabilité sans faute doté d'une sanction spécifique⁽¹⁸⁵⁾. La sanction d'un trouble excessif n'est pas la réparation intégrale et en nature du dommage causé au voisin mais une compensation juste et adéquate destinée à rétablir l'équilibre rompu par l'activité licite dommageable. La compensation ne peut supprimer la source du trouble et porte sur une *différence* : elle concerne cette portion du dommage qui dépasse le niveau normal des troubles acceptables entre voisins⁽¹⁸⁶⁾. Seul l'excès de désagréments doit être compensé.

Cette sanction déroge aux principes qui gouvernent la réparation des dommages en droit commun de la responsabilité civile. Contrairement à une mesure de réparation, la mesure de compensation n'aboutit pas en principe à faire cesser le trouble. Dans un arrêt du 14 décembre 1995, la Cour de cassation a rappelé que « lorsque le trouble a été causé par un fait non fautif, *la juste et adéquate compensation* rétablissant l'équilibre rompu ne peut consister en l'interdiction absolue de ce fait, même si, selon le juge du fond, l'interdiction absolue est la seule manière de rétablir l'équilibre rompu » (nous soulignons)⁽¹⁸⁷⁾.

La théorie des troubles de voisinage ne fait pas obstacle à l'application d'autres régimes de responsabilité civile⁽¹⁸⁸⁾. Dans un conflit de voisinage, la victime du trouble anormal peut choisir de fonder son action sur l'article 1382 ou 544 du Code civil. Elle peut aussi invoquer simultanément les deux dispositions à l'encontre de l'auteur du trouble pour autant que les conditions respectives d'application soient réunies⁽¹⁸⁹⁾.

fondements invoqués par S. STIJNS et H. VUYE, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Burenhinder*, *op. cit.*, pp. 138 et s.

(185) Pour une étude approfondie de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. S. STIJNS et H. VUYE, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Burenhinder*, *op. cit.*, pp. 1 et s.

(186) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1445.

(187) *Pas.*, 1995, I, p. 1164 ; *J.L.M.B.*, 1996, p. 966, note P. HENRY ; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989-1998). Les biens », *op. cit.*, p. 350, n° 127.

(188) Cass., 10 mars 1987, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11.451.

(189) Liège, 8 mai 1972, *Entr. et dr.*, 1978, p. 319, note J.-L. FAGNART.

52. Le fondement de la théorie des troubles du voisinage est très spécifique, sinon « hors norme » et la sanction qui en résulte l'est tout autant⁽¹⁹⁰⁾. La compensation, qu'elle se fasse en nature ou par équivalent, n'a pas de caractère punitif. Certains juges choisissent des modalités de compensation qui peuvent aboutir à la suppression du trouble de façon indirecte. Ils sanctionnent le passé par une indemnité globale et imposent, pour le futur, une indemnité mensuelle ou une rente jusqu'à ce que les mesures nécessaires aient été prises pour faire disparaître le trouble ou le réduire à un niveau acceptable. L'octroi d'une rente, modalité de la compensation par équivalent, est une technique particulièrement intéressante. Elle a été utilisée, à propos de nuisances industrielles, dans des décisions anciennes qui ont imposé au pollueur le paiement d'une rente annuelle à majorer ou à réduire, en fonction de l'intensité du trouble⁽¹⁹¹⁾. On pourrait y voir une sorte d'astreinte, à cette réserve près que la rente doit garder un caractère compensatoire, ce qui en limite l'ampleur et donc aussi l'efficacité comme technique de cessation⁽¹⁹²⁾.

Bref la compensation, même si elle ne porte que sur une différence, peut avoir un certain caractère préventif ou dissuasif si elle impose une charge significative au voisin entreprenant. La jurisprudence relative au trouble excessif causé par une activité couverte par une autorisation administrative (permis de bâtir, d'exploiter, etc.) n'infirme pas cette conclusion. La doctrine considère au demeurant que les autorisations administratives ne constituent pas un obstacle à l'action des tiers victimes d'un trouble⁽¹⁹³⁾.

(190) Sur les critiques qu'elle suscite en matière environnementale, X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 88, n^o 17 et s.

(191) Sur cette technique, voy. par ex. Liège, 10 juin 1852, *Pas.*, 1853, II, p. 67, et les nombreuses décisions citées par S. STIJNS et H. VUYE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Burenhinder*, *op. cit.*, n^o 282, note 81.

(192) Comme le montre la saga opposant un châtelain à une série de communes déversant des eaux non épurées dans le « Struysbeeck ». Le châtelain se voit accorder une compensation monétaire pendant une trentaine d'années par les différentes juridictions saisies, à partir de 1932 jusqu'en 1963, sans que les communes procèdent à l'assainissement de leur réseau d'égouttage. Civ. Anvers, 23 avril 1959, *R.G.A.R.*, 1962, n^o 6802 ; Bruxelles, 13 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 695.

(193) D. DÉOM et B. PÂQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés à des tiers », *Amén.-Env.*, 1995, p. 47.

B. – *L'application de Fraus omnia
corrumpit en responsabilité civile*

53. La Cour de cassation a précisé les conséquences de la faute intentionnelle dans l'hypothèse où la victime de celle-ci a commis une imprudence ou une négligence contribuant à la production du dommage. Dans un arrêt du 6 novembre 2002, elle a décidé que l'auteur d'un acte frauduleux ne peut se prévaloir d'une faute de la victime pour obtenir un partage des responsabilités⁽¹⁹⁴⁾.

Après avoir condamné au pénal l'auteur de faux en écritures et d'escroquerie, la cour d'appel de Liège n'octroie à la partie civile, la banque victime, que les deux tiers du préjudice subi, au motif qu'elle avait été négligente, des défaillances de son système de surveillance ayant contribué à la réalisation du dommage. Lorsqu'un dommage a été causé par les fautes concurrentes de la victime et de l'auteur du dommage, celui-ci ne peut en principe être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage. C'est l'application de la théorie de l'équivalence des conditions. Il en résultait en l'espèce que l'auteur de l'escroquerie pouvait conserver une partie du produit de ses infractions. Solution choquante que le pourvoi de la partie civile estimait contraire au principe général du droit *fraus omnia corrumpit* reconnu par la Cour dans plusieurs arrêts⁽¹⁹⁵⁾.

Selon l'arrêt du 6 novembre 2002, « le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises ». L'arrêt du 6 novembre 2002 consacre

(194) Cass., 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 267 et s., note F. GLANSDORFF, « Encore à propos de la causalité : le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime » ; J.-L. FAGNART, « La peine privée : une réalité qui dérange ? », *op. cit.*, p. 156.

(195) Cass., 16 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1279 (à propos d'éléments de preuve irrégulièrement obtenus en matière pénale) ; Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 962 (en matière d'urbanisme). Ultérieurement à l'arrêt commenté au texte, Cass., 6 novembre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1716, notes C. IDOMON, B. WEYTS et A. VAN OEVELEN.

l'application de ce principe en matière de responsabilité délictuelle. La Cour définit aussi la fraude qui implique, comme le dol, la volonté malicieuse, la tromperie, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain⁽¹⁹⁶⁾.

En décidant que l'auteur d'un acte frauduleux ne peut invoquer la faute par négligence de la victime pour obtenir un partage de responsabilités, la Cour de cassation a marqué sa volonté de punir l'auteur d'une faute intentionnelle en lui faisant supporter la part du dommage qu'il n'a pas causée. Cette jurisprudence qui écarte l'application de la théorie de l'équivalence des conditions empêche la faute intentionnelle de produire un effet lucratif.

54. Par un arrêt du 2 octobre 2009⁽¹⁹⁷⁾, la Cour de cassation a refusé d'appliquer l'adage *fraus omnia corrumpit* dans le cadre d'un recours contributoire dirigé par un assuré, auteur d'une faute intentionnelle, contre son courtier, auteur d'une faute par négligence à la suite d'une organisation inefficace de son bureau. Leurs fautes respectives avaient été jugées à l'origine des décaissements effectués par un assureur et ils avaient, par conséquent, été condamnés *in solidum* à indemniser celui-ci. Or, le principe *fraus omnia corrumpit* aurait dû conduire la Cour de cassation à refuser à l'assuré le droit à un recours contributoire afin d'éviter qu'il ne retire un gain de son omission frauduleuse à la déclaration du risque⁽¹⁹⁸⁾. Cette décision est toutefois cohérente par rapport à l'option, prise par la Cour de cassation, de répartir les responsabilités entre les coauteurs, en fonction du lien de causalité entre chaque faute et le dommage plutôt qu'en fonction de la gravité des fautes. En effet, l'adoption de la gravité des fautes respectives comme critère de répartition du dommage au niveau contributoire imprime à la responsabilité un caractère davantage punitif qu'indemnitaire.

(196) La définition retenue s'inspire des conclusions de M. le Procureur général Velu, alors Avocat général, sous Cass., 13 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, pp. 1307-1308.

(197) Cass., 2 octobre 2009, *J.T.*, 2010, p. 538. La solution a été réitérée dans Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 1337 ; *N.j.W.*, 2012, p. 23, obs. I. BOONE.

(198) Pour une critique de cette jurisprudence, voy. A. LENAERTS, « Le recours contributoire entre coobligés *in solidum* et l'influence de la faute intentionnelle : *fraus omnia corrumpit* ? », *J.T.*, 2010, p. 534 ; *Idem*, « Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* : une analyse de sa portée et de sa fonction en droit belge », *R.G.D.C.*, 2014/3, p. 106.

VI. – MESURES DE PROTECTION ET DE CONSERVATION
DES DROITSA. – *En matière d'assurance R.C. automobile*

55. L'article 13 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicule automoteurs dispose, en son § 1^{er}, que l'entreprise d'assurances est tenue de présenter une offre d'indemnisation dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la personne lésée a introduit sa demande d'indemnisation lorsque ni la responsabilité, ni le dommage ne sont contestés. En son § 2, cet article 13 prévoit que l'assureur qui n'a pas présenté d'offre dans le délai de trois mois est tenu de plein droit au paiement d'une somme complémentaire, calculée au taux de l'intérêt légal sur le montant de l'indemnisation, pendant un délai qui court du jour suivant celui de l'expiration du délai de trois mois jusqu'au jour suivant celui de la réception de l'offre par la personne lésée. Le § 2 étend la sanction aux cas où le montant proposé dans l'offre n'est pas liquidé dans les trente jours ouvrables qui suivent l'acceptation de cette offre par la personne lésée et où le montant proposé dans l'offre est manifestement insuffisant.

56. Lorsque la responsabilité ou le dommage sont contestés, l'article 14 de la loi prévoit que l'entreprise d'assurances est tenue de donner une réponse motivée aux éléments invoqués dans la demande d'indemnisation dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la personne lésée a présenté sa demande d'indemnisation. En son § 2, cet article 14 précise que l'assureur qui n'a donné aucune réponse motivée dans le délai de trois mois est tenu de plein droit au paiement d'une somme forfaitaire de 250 EUR par jour de retard⁽¹⁹⁹⁾.

Le parallélisme avec l'astreinte ne fait aucun doute dès lors qu'il s'agit également d'une sanction pécuniaire destinée à faire pression sur le débiteur pour qu'il s'exécute. Le caractère punitif de l'institution qui joue comme une peine privée est, dès lors, incontestable.

(199) Pour un aperçu de l'application de ces délais d'indemnisation, voy. U.P.E.A., « To the point : quatrième directive auto : les délais d'indemnisation à partir du 19 janvier », *Assur-info*, décembre 2002.

57. La doctrine qualifie les sanctions financières citées ci-dessus d'intérêts punitifs⁽²⁰⁰⁾ au sens où elles constituent « de véritables pénalités sanctionnant le retard avec lequel l'assureur diligente le processus d'indemnisation d'une victime d'un accident de la circulation occasionné par un véhicule automoteur soumis à l'assurance obligatoire »⁽²⁰¹⁾. Les travaux préparatoires ne se prononcent pas sur la nature de ces condamnations puisqu'ils se contentent d'indiquer qu'il s'agit d'inciter les assureurs à réagir endéans un certain délai⁽²⁰²⁾. Ces dispositions constituent la transposition de l'article 4.6, alinéas 1 et 2, de la quatrième directive automobile⁽²⁰³⁾. Les considérants de la directive ne nous éclairent pas davantage sur la nature de ces condamnations puisque le considérant n° 18 de la directive se contente d'indiquer qu'« il convient de garantir le droit spécifique de la personne lésée d'obtenir le règlement du litige dans les meilleurs délais » et précise que « les législations nationales doivent prévoir des sanctions financières efficaces et systématiques appropriées ou des sanctions administratives équivalentes [...] pouvant être appliquées à l'encontre de l'entreprise d'assurance dans le cas où celle-ci ou son représentant manquerait à son obligation de présenter une offre d'indemnisation dans un délai raisonnable ». Le considérant n° 19 poursuit : « il convient de prévoir, outre ces sanctions, une disposition aux termes de laquelle, lorsque l'offre n'a pas été présentée dans les délais prescrits, des intérêts sont dus sur le montant de l'indemnisation offerte par l'entreprise d'assurance ou octroyée par le juge à la personne lésée ».

58. L'examen de la quatrième directive automobile permet tout de même de constater que le législateur belge est allé plus loin que

(200) VOY. J.-L. FAGNART, « Les intérêts ou le prix de la patience », *op. cit.*, p. 200 ; TH. PAPART, « Coup de projecteur sur les intérêts dans le contentieux de la réparation du dommage », *C.R.A.*, 2008, p. 474.

(201) TH. PAPART, « Coup de projecteur sur les intérêts dans le contentieux de la réparation du dommage », *op. cit.*, p. 474.

(202) Proposition de loi portant diverses dispositions relatives à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, 27 mars 2002, n° 1716/001, p. 13.

(203) Directive (CE) n° 2000/26 du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE du Conseil, *J.O.C.E.*, L 181 du 20 juillet 2000, p. 65.

ce qu'exigeaient les instances européennes. Il a étendu l'application de ces sanctions aux accidents survenus en Belgique alors que l'article 1^{er} de la directive précise, en son § 2, que l'article 4 – qui exige l'instauration de ces sanctions financières – ne s'applique qu'« aux accidents causés par la circulation d'un véhicule assuré auprès d'un établissement situé dans un État membre autre que l'État de résidence de la personne lésée et ayant son stationnement habituel dans un État membre autre que l'État de résidence de la personne lésée ». Le législateur belge a également étendu la sanction financière visée par la directive aux cas où le montant proposé dans l'offre n'est pas liquidé dans les trente jours ouvrables qui suivent l'acceptation de cette offre par la personne lésée et où le montant proposé dans l'offre est manifestement insuffisant.

59. Le législateur a pris soin de prévoir les garde-fous nécessaires pour éviter une spéculation de la victime. En effet, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 22 août 2002 transposant la quatrième directive automobile qu'« il faut éviter que la personne lésée ne laisse volontairement passer le délai pour bénéficier de la somme forfaitaire précitée. C'est pourquoi on prévoit que celle-ci n'est due qu'après que la personne lésée se soit manifestée »⁽²⁰⁴⁾. On le voit, le législateur belge craint de voir les juges octroyer des montants astronomiques au titre de dommages et intérêts punitifs comme aux États-Unis.

B. – *En matière d'indemnisation des dommages résultant des soins de santé*

60. Créé par la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, le Fonds des accidents médicaux dispose d'un large pouvoir d'investigation lors de l'examen du fondement de la demande introduite par la personne préjudiciée⁽²⁰⁵⁾. L'article 15 de la loi autorise le Fonds à « demander au demandeur ou à ses ayants droit, à tous les prestataires de soins

(204) Proposition de loi portant diverses dispositions relatives à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, 27 mars 2002, n° 1716/001, p. 13.

(205) I. REUSENS, « Le Fonds des accidents médicaux, nouvel acteur dans le processus d'indemnisation des dommages résultant des soins de santé : enfin opérationnel ! », *Le pli juridique*, 2013, n° 23, p. 19.

qui pourraient être impliqués, ou aux prestataires de soins qui ont traité le patient, ou à toute autre personne tous les documents et renseignements qui lui seront nécessaires pour pouvoir apprécier les causes, les circonstances et les conséquences du dommage résultant de soins de santé qui fait l'objet de la demande ». En cas de défaut de réaction des prestataires de soins ou d'autres tiers à la demande du Fonds, l'article 15 prévoit, en son alinéa 6, une sanction qui rappelle celle prévue par l'article 13 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs. Selon cet alinéa 6, « si un prestataire de soins, ou tout autre personne que le demandeur et ses ayants droit, ne répondent pas dans le mois de la notification de la lettre de rappel du Fonds, et sauf cas de force majeure, ils deviennent débiteurs de plein droit, à l'égard du Fonds, d'une indemnité d'un montant de 500 euros par jour à dater du lendemain du dernier jour du délai, et ce, jusqu'à la transmission des renseignements et documents demandés, avec un maximum de 30 jours ».

61. À l'instar de l'astreinte, cette sanction joue le rôle d'un incitant⁽²⁰⁶⁾ et présente un réel caractère punitif, étant donné qu'elle n'implique pas que son bénéficiaire ait subi un dommage. L'alinéa 8 de l'article 15 de la loi autorise le débiteur de l'indemnité de 500 EUR par jour de retard à introduire un recours à l'encontre de cette sanction. Cependant, rien dans la loi ne semble l'autoriser à invoquer l'absence de dommage dans le chef du Fonds des accidents médicaux pour se soustraire au paiement du montant en question. En effet, l'article 15 précise, en son alinéa 10, que « le présent article ne porte pas préjudice au droit du Fonds, du demandeur ou de ses ayants droit de former contre le prestataire de soins une action en dommages et intérêts, une action en production de documents conformément à la quatrième partie, livre II, titre III, chapitre VIII, section II, du Code judiciaire ou une action fondée sur la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et de postuler, le cas échéant, le paiement d'une astreinte conformément à la quatrième partie, livre IV, chapitre XXIII, du Code judiciaire ». Cette disposition confirme que l'indemnité prévue par l'article 15, alinéa 6, de la loi du 31 mars 2010 est due au Fonds indépendamment

(206) G. SCHAMPS, « Le Fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.035¹⁰.

de l'existence d'un dommage dans son chef dès lors que ce dernier reste libre d'introduire une action en dommages et intérêts à l'encontre du prestataire de soins.

62. Si, après avoir instruit le dossier, le Fonds des accidents médicaux rend un avis mettant en évidence la responsabilité du prestataire de soins, l'article 29 de la loi enjoint au Fonds d'inviter l'assureur du prestataire de soins à formuler une offre d'indemnisation – définitive ou provisionnelle – dans les trois mois de l'invitation par le Fonds. Lorsque le demandeur qui reçoit une proposition amiable d'indemnisation de l'assureur du prestataire de soins sollicite, conformément à l'article 31 de la loi, l'avis du Fonds sur cette proposition, ce dernier est tenu de se substituer à l'assureur s'il estime la proposition manifestement insuffisante. En pareilles circonstances, l'article 31 de la loi prévoit, en son alinéa 6, que « l'assureur est redevable de plein droit au Fonds d'une indemnité forfaitaire égale à 15 % du montant de l'indemnisation totale accordée à la victime par le Fonds, ou le cas échéant, du montant établi par le juge, pour autant que ce dernier confirme que l'offre de l'assureur était manifestement insuffisante ».

63. La sanction intervient « aux fins d'assurer une meilleure effectivité du droit à l'indemnisation de la victime et éviter les propositions minimalistes qui risquent de mettre à mal tout le système »⁽²⁰⁷⁾. Il ne fait aucun doute qu'elle présente un caractère punitif, la volonté du législateur étant de dissuader l'assureur de remettre une offre manifestement insuffisante⁽²⁰⁸⁾. Dans la mesure où le Fonds peut ajouter à son recours subrogatoire à l'encontre du prestataire de soins un forfait de 15 % qui est sans commune mesure avec le montant des intérêts moratoires, force est de constater que la sanction prévue n'a aucune portée indemnitaire.

C. – *En matière de saisie-arrêt*

64. L'article 1456 du Code judiciaire prévoit, en son premier alinéa, qu'« à défaut d'avoir fait sa déclaration dans le délai légal ou

(207) I. REUSENS, Le Fonds des accidents médicaux, nouvel acteur dans le processus d'indemnisation des dommages résultant des soins de santé : enfin opérationnel ! », *op. cit.*, p. 22.

(208) G. SCHAMPS, « Le Fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », *op. cit.*, n° 15.035¹⁰.

de l'avoir faite avec exactitude, le tiers saisi, cité à ces fins devant le juge des saisies, peut être déclaré débiteur, en tout ou en partie, des causes de la saisie ainsi que des frais de celle-ci, sans préjudice des frais de la procédure formée contre lui qui, en ces cas, seront à sa charge ». Selon cette disposition, le tiers-saisi peut être redevable d'une somme dont il n'est pas censé être débiteur. Il convient donc d'y voir une visée punitive dès lors qu'il s'agit avant tout d'inciter le tiers-saisi à effectuer ladite déclaration et à le punir en cas de refus d'obtempérer. L'examen de cette disposition trouve sa place dans notre contribution dès lors que la somme dont le tiers-saisi sera éventuellement tenu peut s'analyser, dans son chef, comme des dommages et intérêts dus en raison de l'inertie dont il a pu faire preuve face à la saisie-arrêt.

65. La justification de la sanction visée par l'article 1456 du Code judiciaire réside dans le fait que l'absence de déclaration du tiers-saisi dans les délais requis constitue une entrave à la procédure de saisie-arrêt entreprise par la partie saisissante⁽²⁰⁹⁾. Ce manquement peut causer un dommage à cette dernière. La jurisprudence considère que l'existence ou non d'un dommage résultant de l'absence de déclaration du tiers saisi n'est pas pertinente⁽²¹⁰⁾ et qualifie la sanction prévue par l'article 1456 du Code judiciaire de peine privée.

VII. – PROCÉDURES PARTICULIÈRES

A. – *La réparation du dommage issu d'un acte administratif illégal*

66. Selon l'article 144 de la Constitution, « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ». Dans son arrêt *Flandria*, rendu le 5 novembre 1920, la Cour de cassation décide, en s'appuyant sur l'article 92 de la Constitution (actuel article 144), que « la Constitution a déferé aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des 'contestations qui ont pour objet des droits civils' » et que « par ces termes, elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent et confié aux cours et tribunaux la mission

(209) Bruxelles, 10 juin 1994, *J.T.*, 1994, p. 774.

(210) Anvers, 9 février 1993, *R.W.*, 1992-1993, p. 1270, note.

de réparer les atteintes portées à ces droits »⁽²¹¹⁾. Il se déduisait de cette jurisprudence que le pouvoir judiciaire était seul compétent pour statuer sur l'indemnisation d'un dommage résultant d'un acte administratif ultérieurement annulé par le Conseil d'État. Le 6 janvier 2014, le Constituant a cependant complété l'article 144 de la Constitution par l'alinéa suivant : « Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

67. La loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution a donc modifié les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en y insérant un article *11bis* rédigé comme suit : « Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ». Il ne s'agit toutefois que d'une possibilité reconnue à la partie requérante ou intervenante, la partie préjudiciée conservant la possibilité d'agir devant le pouvoir judiciaire. Elle ne pourra cependant pas cumuler les deux recours. En effet, l'article *11bis* précise, à l'alinéa 4, que « La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice » et, à l'alinéa 5, que « Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice ».

68. Le nouvel article *11bis* a une certaine parenté avec l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'État selon lequel « Dans le cas où il n'existe pas d'autre juridiction compétente, la section du contentieux administratif se prononce en équité, par voie d'arrêt, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, sur les demandes d'indemnité relative à la réparation d'un

(211) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 219, concl. Proc. gén. LECLERCQ.

préjudice exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité administrative ». La doctrine souligne toutefois que l'indemnité réparatrice prévue par l'article 11*bis* a une certaine autonomie⁽²¹²⁾. Contrairement à l'article 11, l'article 11*bis* ne se réfère pas à l'équité « pour souligner l'objectif fondamental qui est ici la réparation d'un préjudice »⁽²¹³⁾. Néanmoins, « la réparation du préjudice ne doit pas être intégrale, contrairement à ce que veut le droit commun de la responsabilité civile »⁽²¹⁴⁾. C'est peut-être d'ailleurs ce qui explique que la demande d'indemnité ne soit pas considérée comme une action en responsabilité civile, comme le suggèrent les alinéas 4 et 5 de l'article 11*bis* qui distinguent expressément « action en responsabilité civile » et « demande d'indemnité ».

69. Le montant de l'indemnité réparatrice octroyé par la section du contentieux administratif du Conseil d'État ne risque-t-il pas d'être manifestement insuffisant pour compenser le dommage causé ? La question n'a pas échappé à la section de législation du Conseil d'État qui se veut rassurante : « Compte tenu de l'alternative qui est offerte au justiciable de choisir entre la voie judiciaire et l'application du nouvel article 11*bis*, il est peu probable que l'indemnité accordée par le Conseil d'État soit substantiellement moindre que celle qui résulte de la jurisprudence de l'ordre judiciaire, car cela aurait pour effet de détourner les justiciables de l'indemnisation par le Conseil d'État »⁽²¹⁵⁾. La jurisprudence développée par le Conseil d'État en vertu de l'article 11 des lois coordonnées semble, elle aussi, de nature à rassurer les justiciables. Il en ressort que la haute juridiction administrative « définit en équité les éléments constitutifs du dommage exceptionnel mais en accorde réparation intégrale, calculée au franc – puis au centime d'euro – près »⁽²¹⁶⁾. Certains craignent toutefois que le Conseil d'État, n'ayant pas pour mission première

(212) F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in *Actualités en droit public et administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 49.

(213) F. GLANSBORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J. T.*, 2014, p. 477.

(214) *Ibid.*

(215) Proposition relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, Avis du Conseil d'État n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8.

(216) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 993.

la réparation du préjudice, développe, au fil du temps, une barémisation forfaitaire et réductrice ou recoure trop fréquemment à des évaluations *ex aequo et bono*⁽²¹⁷⁾.

70. La prise en compte des « intérêts publics et privés en présence » pourrait conduire à une évaluation à la baisse par le Conseil d'État de l'indemnité réparatrice en comparaison de ce que pourrait octroyer le pouvoir judiciaire. Le tableau est toutefois nuancé. Cette évaluation à la baisse va vraisemblablement être compensée par l'octroi plus fréquent d'une indemnité réparatrice suite à la constatation, par le Conseil d'État, de l'illégalité de l'acte dommageable. Cette seule constatation suffit à l'octroi d'une indemnisation par le Conseil d'État alors même que, selon la jurisprudence des tribunaux ordinaires, l'administration pourrait bénéficier d'une cause étrangère exonératoire de responsabilité et ne s'exposerait, par conséquent, pas au paiement d'une indemnité. En effet, même dans son arrêt relativement sévère du 13 mai 1982, la Cour de cassation – qui pose le principe de l'équivalence entre l'illégalité et la faute civile – admet que l'illégalité est dépourvue de caractère fautif si l'administration établit l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité⁽²¹⁸⁾. Or, l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État subordonne le droit à la réparation à la seule constatation de « l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet » et ne réserve pas la question des causes d'exonération. Lorsque le projet de loi a été soumis à la section de législation du Conseil d'État, cette dernière a indiqué qu'« En retenant l'illégalité de l'acte comme fait générateur du dommage, la nouvelle disposition fait perdre, dans le contentieux porté devant le Conseil d'État, toute portée utile à la controverse sur l'unité ou la dualité des notions de faute et d'excès de pouvoir » avant de conclure que « L'autorité sera en principe tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères »⁽²¹⁹⁾.

(217) F. GLANSORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *op. cit.*, p. 478.

(218) Cass., 13 mai 1982, *R.C.J.B.*, 1982, p. 10, note. R.O. DALCQ ; *J.T.*, 1982, p. 772, concl. J. VELU ; *R.G.A.R.*, 1984, n° 10.814 ; *Pas.*, 1982, I, p. 1056.

(219) Proposition relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, Avis du Conseil d'État n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 6.

71. Le législateur n'ayant pas clairement mis sur pied un régime dérogoratoire, il est toutefois permis de s'interroger sur sa volonté d'écarter le régime de droit commun des causes d'exonération⁽²²⁰⁾. Cette question revêt une importance d'autant plus grande que la doctrine constate un assouplissement de la jurisprudence de la Cour de cassation en faveur des personnes publiques au motif qu'une application systématique du principe d'identité entre faute et illégalité « conduirait à une aggravation considérable de la responsabilité de l'administration »⁽²²¹⁾. Toujours est-il qu'en l'absence d'exigence d'une faute prouvée, le nouveau régime de réparation s'apparente à un cas de responsabilité objective. Or, pareil régime de responsabilité s'accompagne classiquement d'une limitation de l'étendue de la réparation (règles spécifiques de calcul, plafonds d'indemnisation,...) qui condamne toute possibilité de réparation intégrale. L'avenir nous dira toutefois si les différentes entorses au principe de la réparation intégrale ici mises en évidence subsisteront.

*B. – L'action en réparation collective
applicable aux litiges de consommation*

72. La loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XVII dans le livre I^{er} du Code de droit économique autorise un représentant à introduire une action en justice pour le compte d'un groupe de consommateurs lésés par une cause commune sans que ceux-ci l'aient mandaté à cet effet et sans que les membres du groupe ne soient identifiés individuellement lors de l'introduction de l'action. Cette procédure originale est limitée aux litiges de consommation, seule la violation des législations visées à l'article XVII.37 du Code de droit économique pouvant fonder une action en réparation collective. Ce n'est pas l'objet de cette contribution de détailler le déroulement de cette procédure. Il importe toutefois, pour comprendre les réserves

(220) F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *op. cit.*, p. 475.

(221) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 555 et s., n° 661.

qu'elle soulève au regard du principe de la réparation intégrale, d'en souligner quelques éléments clé.

73. Au cours d'une première phase dite de recevabilité, le juge vérifie, conformément à l'article XVII.36, que « la cause invoquée » constitue une violation potentielle par l'entreprise d'une de ses obligations contractuelles ou légales visées par l'article XVII.37, que le représentant du groupe « satisfait aux conditions légales prescrites par l'article XVII.39 » et est « adéquat » et finalement que « le recours à une action en réparation collective semble plus efficient qu'une action de droit commun ». Notons au passage que l'article XVII.39 du Code de droit économique accorde la qualité de représentant aux associations de défense des intérêts des consommateurs et aux associations dont l'objet social est en relation directe avec le préjudice collectif subi par le groupe et qui ne poursuivent pas de manière durable un but économique. Au cours de la phase de recevabilité, il revient également au juge de décrire le dommage et, afin de constituer le groupe de personnes lésées, de se prononcer sur le système d'option et sur les modalités d'exercice de cette option. À cet égard, l'article XVII.43 du Code de droit économique invite le juge à choisir entre le système de l'option d'inclusion (*opt-in*) et le système de l'option d'exclusion (*opt-out*). Conformément à l'article XVII.38, dans le premier système, seuls les consommateurs qui ont exprimé explicitement la volonté de faire partie du groupe bénéficieront du résultat de l'action tandis que, dans le second système, tous les consommateurs seront liés par le résultat de l'action sauf s'ils ont exprimé explicitement la volonté de ne pas faire partie du groupe.

L'exposé des motifs invite le juge, pour faire son choix, à s'appuyer « sur les faits et motifs invoqués par les parties ainsi que sur sa connaissance du marché » avant de lui rappeler que « la nature du préjudice subi par les membres du groupe va constituer un élément décisif »⁽²²²⁾. Ainsi, le système de l'*opt-out* est-il recommandé pour lutter contre l'apathie des consommateurs dans des

(222) Projet de loi portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre I du Code de droit économique, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3300/001, p. 29.

situations de dommages diffus, définis comme des « préjudices de faible valeur pour les consommateurs à titre individuel mais subi[s] par de nombreux consommateurs » tandis que celui de l'*opt-in* doit être privilégié lorsqu'il est « presque impossible d'estimer même approximativement le nombre de membres qui composeront le groupe [...] ou encore dans le cas où la nature du dommage nécessite l'intervention active des personnes lésées pour son établissement et son évaluation »⁽²²³⁾.

74. Conformément à l'article XVII.45 du Code de droit économique, le juge invite ensuite les parties à résoudre leur différend à l'amiable. Si les négociations portent leurs fruits et aboutissent à la conclusion d'un accord de réparation collective, le juge peut l'homologuer à condition qu'il satisfasse aux conditions légales prescrites par l'article XVII.45, § 3. À défaut d'accord, l'examen de l'action en réparation collective se poursuit devant le juge qui doit examiner les questions de la faute ou de la violation des dispositions visées par l'article XVII.37, du ou des dommages et du lien de causalité. Tant l'accord homologué que la décision sur le fond doivent mentionner les modalités d'exécution et donnent lieu à la désignation d'un liquidateur pour répartir l'indemnité suivant les modalités d'exécution indiquées. Celui-ci est choisi sur une liste d'avocats, d'officiers ministériels ou de mandataires de justice représentant des garanties de compétence en matière de procédure de règlement de préjudice. Lorsque la réparation a lieu par équivalent et que le système de l'*opt-out* est retenu, les articles XVII.45, § 3, 7° et XVII.54, § 1^{er}, 8° invitent les membres du groupe à se manifester pour obtenir leur part dans le montant alloué à titre de dommages et intérêts. Conformément à l'article XVII.58, le liquidateur dresse une liste provisoire des membres du groupe qui souhaitent obtenir réparation et motive les raisons pour lesquelles il estime qu'un membre du groupe qui s'est identifié ne satisfait pas à la description du groupe. Cette contestation donne lieu à un débat contradictoire au terme duquel le juge dresse la liste définitive des membres ayant droit à réparation. C'est sur la base de cette liste définitive qu'il revient enfin au liquidateur d'effectuer la répartition des dommages et intérêts. Après avoir exécuté sa mission, le liquidateur transmet un rapport au juge.

(223) *Ibid.*, pp. 29 et 30.

75. Au rang des objectifs poursuivis par la loi du 28 mars 2014, figure le souhait de faciliter l'accessibilité du système judiciaire aux réclamations modestes, ce qui permettra, par ailleurs, de contribuer à l'application des lois et des contrats et, partant, à l'établissement d'une concurrence saine sur le marché⁽²²⁴⁾. À la lecture de ces intentions, la doctrine constate que « Même si le législateur tente de justifier le caractère purement compensatoire de la procédure par l'exclusion des dommages punitifs, il est manifeste que la loi poursuit également un aspect dissuasif ou même sanctionnateur »⁽²²⁵⁾. Le législateur prétend pourtant ne pas apporter de dérogation au droit commun de la responsabilité, estimant que « le règlement de procédure ne modifie en rien le droit en matière de responsabilité civile » ou encore que « la réparation aura lieu conformément au droit commun, soit en nature, soit par équivalent »⁽²²⁶⁾. À un autre endroit, on peut lire, dans l'exposé des motifs, que « la réparation peut avoir lieu conformément au droit commun, en nature ou par équivalent »⁽²²⁷⁾. Certains auteurs relèvent que « Formulé ainsi, l'exposé des motifs ouvre la porte aux dérogations au droit commun puisque la réparation *peut* mais ne *doit* pas avoir lieu conformément au droit commun » avant de s'interroger sur une éventuelle « Erreur de frappe ? » et de conclure que « Quoi qu'il en soit, cette formulation semble être en contradiction avec la volonté du législateur qui consiste à ne pas vouloir déroger au droit commun de la responsabilité civile »⁽²²⁸⁾.

76. Erreur de frappe ou pas, la loi du 28 mars 2014 introduit indéniablement des modifications au droit commun de la responsabilité civile. Tout d'abord, l'article XVII.54 précise que « lorsque [la réparation] a lieu par équivalent, le juge apprécie selon les circonstances

(224) *Ibid.*, p. 7.

(225) F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *R.D.C.*, 2014/6, p. 564.

(226) Projet de loi portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre I du Code de droit économique, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3300/001, p. 57.

(227) *Ibid.*, p. 15.

(228) F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 567.

du cas, l'opportunité de fixer un montant global d'indemnisation, le cas échéant, par sous-catégorie, à partager entre les membres du groupe ou un montant individualisé, dû à chaque consommateur qui se déclarera ». En pareilles circonstances, force est de constater que le juge s'écarte de la jurisprudence de la Cour de cassation⁽²²⁹⁾ aux termes de laquelle il a pourtant l'obligation de déterminer le dommage sur la base d'éléments de calculs précis et ne peut procéder à une évaluation *ex aequo et bono* que s'il constate qu'il n'est pas possible de procéder à une évaluation plus précise et qu'il motive son opinion à ce sujet⁽²³⁰⁾. L'entorse à la jurisprudence de la Cour de cassation est d'autant plus importante lorsque le juge retient le système de l'*opt-out* et ne peut, par conséquent, procéder à un examen des dommages précis allégués par le représentant, l'identité et le nombre de bénéficiaires étant inconnus au moment de l'évaluation. En pareilles circonstances, il se peut également que l'indemnité fixée dans la décision de condamnation ou l'accord homologué ne soit pas suffisante pour réparer intégralement le préjudice de chacun des membres du groupe.

77. Alors que, dans sa recommandation du 11 juin 2013⁽²³¹⁾, la Commission européenne avait, à l'article 21, prôné le système de l'*opt-in*, le législateur belge a conservé le régime de l'*opt-out*, ce qui soulève de nombreuses questions⁽²³²⁾. Comment faire jouer le critère de la condition *sine qua non* ou de l'alternative légitime ? Comment appliquer, en présence d'une faute ayant contribué à provoquer le dommage commise par le demandeur en responsabilité, par hypothèse non identifié, le principe du partage des responsabilités ? Comment mettre en œuvre le principe de la réparation en nature alors que celui-ci suppose également « l'individualisation de la per-

(229) P. VAN OMMESLAGHE, « Une *class action* en droit belge ? Et le droit des obligations ? », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 433.

(230) Cass., 21 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 556 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1507, n° 1068.

(231) Recommandation (UE) n° 2013/396 de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, *J.O.C.E.*, L 201, p. 60.

(232) Les développements qui suivent s'inspirent de P. VAN OMMESLAGHE, « Une *class action* en droit belge ? Et le droit des obligations ? », *op. cit.*, pp. 433 à 435.

sonne préjudiciée à l'effet d'examiner de quelle façon une telle réparation peut la remettre dans la situation où elle se serait trouvée en l'absence de comportement dommageable » ? Comment adapter la réparation à l'évolution du dommage dans le temps alors que « cette évolution n'est pas nécessairement la même pour tous les demandeurs en réparation compris dans le groupe » ? Ou encore, comment assurer la réparation des préjudices directs alors que « la détermination du cercle [des] personnes susceptibles de se prévaloir d'un préjudice par répercussion, tant matériel que moral, est relativement délicate et suppose l'identification des personnes en cause » ? P. Van Ommeslaghe souligne que la théorie de la perte d'une chance n'apparaît « pas conciliable avec l'attribution d'une réparation de ce type à un groupe de personnes non identifiées » et qu'il n'est pas possible d'appliquer la jurisprudence suivant laquelle « la victime ne peut cumuler une réparation avec des indemnités perçues par elle qui seraient déjà de nature à réparer le dommage » sans identifier la victime. Enfin, l'éminent auteur rappelle que « l'étendue de la réparation peut être réduite si la victime n'a pas pris toute mesure raisonnable pour réduire son préjudice » et que « celle-ci suppose nécessairement l'appréciation individuelle du comportement de chaque personne se prévalant d'un dommage ». Le législateur a très partiellement répondu à ces critiques en rendant le système de l'option d'inclusion obligatoire pour les préjudices collectifs corporels et moraux aux termes de l'article XVII.43. Concernant ces préjudices, l'exposé des motifs indique que « cette technique présente l'avantage pour ce type de dommage d'identifier de façon précise les membres du groupe et de circonscrire ainsi le litige en permettant au juge d'apprécier l'existence du préjudice invoqué par chacun des demandeurs, ce qui garantit une prise en compte de la situation individuelle de chaque membre du groupe »⁽²³³⁾.

78. Au titre des dérogations au droit de la responsabilité civile, mentionnons finalement l'article XVII.61 qui, en son § 1^{er}, précise que « Lorsque l'accord homologué ou la décision du juge sur le fond est entièrement exécutée, le liquidateur transmet, au juge, un rapport

(233) Projet de loi portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre I du Code de droit économique, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3300/001, p. 23.

final » qui « contient toutes les informations nécessaires permettant au juge de prendre un rapport sur la clôture définitive de l'action en réparation ». Parmi ces informations figure, le cas échéant, « le montant du solde restant non remboursé aux consommateurs ». Dans son § 2, l'article XVII.61 précise que « Le juge statue sur le rapport final » et « détermine l'usage que le défendeur doit faire du solde éventuellement restant, visé au § 1^{er}, deuxième alinéa ». Pareil « reliquat surviendra lorsque le montant global [que] le défendeur est condamné à verser au liquidateur est supérieur à la somme des revendications des membres du groupe qui se manifestent au stade de la distribution »⁽²³⁴⁾. Cette situation se présentera lorsque le système d'*opt-out* est retenu et que la détermination de l'identité, du nombre exact de membres et, partant, le montant exact de leurs réclamations ne peut intervenir qu'au stade de la distribution de l'indemnité⁽²³⁵⁾. Le texte de loi n'apporte aucune précision sur ce qu'il convient de faire du reliquat en question. L'exposé des motifs propose qu'il soit distribué aux membres du groupe sous la forme de « l'octroi d'une réduction systématique de la facture pour tous les clients pour une durée déterminée », de « la diffusion d'un bon de réduction [émis par l'entreprise défenderesse] » ou encore de « la distribution gratuite d'un produit »⁽²³⁶⁾. Certains auteurs relèvent que « ces affectations ont toutes en commun d'enrichir sans cause les membres qui se sont déjà manifestés et qui ont reçu leur dû [et] [...] paraissent ainsi déroger à l'application stricte du principe de la réparation intégrale et participer d'une intention d'instaurer une véritable sanction »⁽²³⁷⁾. Pourtant, dans sa recommandation du 11 juin 2013⁽²³⁸⁾, la Commission a indi-

(234) F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 581.

(235) *Ibid.*

(236) Projet de loi portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre I du Code de droit économique, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3300/001, p. 42.

(237) F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 567.

(238) Recommandation (UE) n° 2013/396 de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, *J.O.C.E.*, L 201, p. 60.

qué, à l'article 31, que « La réparation accordée aux personnes physiques ou morales ayant subi un préjudice en raison d'un préjudice de masse ne devrait pas excéder la réparation qui aurait été accordée si la partie demanderesse avait fait valoir ses droits dans le cadre d'une action individuelle » avant de préciser qu'« En particulier, il y a lieu de proscrire les dommages et intérêts à caractère punitif, qui consistent à accorder à la partie demanderesse une réparation excédant le préjudice subi ». La doctrine estime, par conséquent, que le solde restant ne peut revenir qu'au défendeur au motif qu'« En décider autrement violerait fondamentalement le caractère indemnitaire affiché de cette procédure »⁽²³⁹⁾.

VIII. – TOUT LE DOMMAGE, RIEN QUE LE DOMMAGE...

79. Ce parcours du droit positif livre plusieurs enseignements. Le premier est que le principe de la réparation intégrale du dommage n'est pas absolu. Des exceptions et des nuances existent, qui sont souvent couvertes par une rhétorique indemnitaire. La doctrine et la jurisprudence restent réticentes à reconnaître qu'une peine se dissimule parfois sous des dommages et intérêts disproportionnés par rapport au dommage causé ou sans commune mesure possible avec un dommage extrapatrimonial rebelle à une évaluation monétaire.

Deuxième enseignement : de façon générale, le droit belge manifeste sa rigueur de façon beaucoup plus nette quand le principe de la réparation intégrale risque d'être mis en cause « à la hausse » plutôt qu'« à la baisse ». L'exemple le plus révélateur est celui des clauses pénales excessives que la jurisprudence antérieure à la loi du 23 novembre 1998 frappait de nullité *absolue* pour contrariété à l'ordre public. Motivation lourde s'il en est, qui atteste l'importance que notre Cour de cassation attache au principe indemnitaire, alors pourtant que la clause fait l'objet d'un accord des parties contractantes. Le souci de protéger la partie faible fournit actuellement une justification plus mesurée à l'annulation des clauses pénales dans les rapports de consommation et à leur révision dans les rapports de droit commun.

(239) F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 567.

Que l'on soit dans les relations contractuelles ou extracontractuelles, une indemnisation excessive est en principe prohibée au motif qu'elle est contraire au principe indemnitaire selon lequel la réparation doit être proportionnée au dommage subi et ne peut enrichir la victime du dommage. La jurisprudence est parfois difficile à décrypter. La sanction civile ne se distingue pas toujours facilement de la peine privée⁽²⁴⁰⁾. En outre, l'argent n'a pas d'odeur. Il double pratiquement tout – biens, services, préjudices matériels ou moraux – sans révéler la nature profonde de ce qu'il compense, ni les intentions de celui – juge ou partie contractante – qui en exploite les possibilités.

80. Le principe indemnitaire a un statut fondamental qui apparaît clairement lorsqu'il est confronté à d'autres systèmes nationaux admettant la fonction punitive de la responsabilité civile. La Cour de cassation française a dû se prononcer sur la reconnaissance d'une décision d'une juridiction californienne condamnant un vendeur français de catamaran qui avait, de mauvaise foi, dissimulé des vices graves à des acheteurs américains. La juridiction californienne avait condamné le vendeur français à 1 391 650 dollars de dommages et intérêts compensatoires, 1 460 000 dollars de dommages et intérêts punitifs et 402 084 dollars de frais d'avocats. Les acheteurs américains se voient refuser l'*exequatur* par la cour d'appel de Poitiers au motif que le montant octroyé par la décision californienne est manifestement disproportionné par rapport au prix de vente du bateau et au montant des dommages et intérêts compensatoires octroyés. Dans un arrêt, un peu ambigu, du 1^{er} décembre 2010, la Cour de cassation française a admis que « si le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas en soi contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur »⁽²⁴¹⁾.

(240) Sur ce thème, voy. Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, p. 197.

(241) Sur cet arrêt, voy. F.-X. LICARI, « La compatibilité de principe des *punitive damages* avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *D.*, 10 février 2011, p. 424. La question s'est également posée en droit allemand et a été tranchée dans le même sens mais selon une formulation plus nette par le Bundesgerichtshof, 4 juin 1992,

L'importance du principe indemnitaire peut aussi surgir de la confrontation d'un droit national avec le droit conventionnel. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans un arrêt *Trévalec c. Belgique* rendu le 25 juin 2013⁽²⁴²⁾, accordé à un journaliste français gravement blessé en Belgique, suite à des violences et à des erreurs policières, une indemnisation de son préjudice moral au titre de satisfaction équitable en se fondant sur l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette disposition prévoit qu'une « satisfaction équitable » peut être accordée à la victime d'un dommage à charge d'un État qui a méconnu la Convention quand le préjudice n'a pas été complètement réparé par l'application des règles de droit national. En l'espèce, le journaliste avait pourtant, semble-t-il, été amplement indemnisé par une commission (française) d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI) qui lui avait octroyé une somme importante comportant la réparation de ses dommages moral et d'agrément à hauteur de 159 000 EUR. La décision, rendue dans une espèce un peu particulière (bavures policières belges, indemnisation par un organe français) a généralement été critiquée en doctrine française au motif qu'elle bafouait le principe de la réparation intégrale et que la Cour européenne des droits de l'homme s'élevait en juridiction ordinaire pour l'octroi de dommages et intérêts⁽²⁴³⁾.

81. Bien qu'il déroge également au principe de la réparation intégrale, le plafonnement des indemnisations trouve, en principe, grâce en droit belge. Il s'agit d'une « tolérance à la baisse ». Les exemples sont nombreux. La compensation prévue en matière de troubles de voisinage ne porte que sur un excès et non sur la totalité du dommage. Les législations récentes instaurant une responsabilité sans faute à charge d'un acteur déterminé, producteur ou exploitant, font des compromis et prévoient généralement des plafonnements à la responsabilité de celui sur lequel la responsabilité sans faute est canalisée. Enfin et surtout, le droit belge admet la

32, *International Legal Materials*, 1320 (1993) ; *RTD civ.*, 1994, p. 457, obs. C. WITZ.

(242) Cour eur. D.H., *Trévalec c. Belgique*, 25 juin 2013, req. n° 30812/07.

(243) Pour une critique de cet arrêt, voy. O. SABARD, « Le principe de réparation intégrale menacé par la satisfaction équitable », *D.*, 19 septembre 2013, p. 2139 ; P.-Y. GAUTIER, « La Cour européenne des droits de l'homme poursuit la révolution normative », *D.*, 2013, Point de vue, p. 2106.

validité de principe des dérogations conventionnelles au principe de la réparation intégrale tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle⁽²⁴⁴⁾. Certes les exceptions et limites sont de plus en plus nombreuses, qu'elles proviennent du droit commun ou des législations spécifiques de tous ordres visant à éliminer les clauses abusives. Toutefois, il faudra bien un jour dépasser ce constat et remettre en cause fondamentalement la position de la jurisprudence belge selon laquelle la responsabilité civile n'a pas un caractère d'ordre public ni même un caractère impératif alors qu'elle est pourtant, avec le principe de bonne foi, un pilier fondateur et régulateur du droit des obligations.

(244) Sur l'ensemble de la question, voy. la contribution d'Isabelle Durant dans cet ouvrage.