

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

L'INDEMNISATION

JOURNÉES QUÉBÉCOISES

TOME LIV
2004

ÉDITEUR : SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

I

LES PEINES PRIVÉES

RAPPORT LUXEMBOURGEOIS

par

Thierry HOSCHEIT

Juge de paix à Luxembourg

et

Myriam PIERRAT

Avocat à la Cour

Votre système juridique reconnaît-il officiellement l'existence de sanctions civiles à caractère punitif, telles que peines privées et dommages-intérêts punitifs ?

Oui.

*1) a) Si oui, quelles formes prennent-elles ? En particulier, votre droit admet-il des condamnations :
- à des dommages-intérêts punitifs ?*

Ni la loi, ni la jurisprudence ne prévoient la possibilité d'allouer à une victime des dommages et intérêts punitifs. D'une façon générale, le droit de la responsabilité civile est dominé par le principe de la réparation intégrale du préjudice, en ce que les dommages et intérêts doivent couvrir l'intégralité du dommage souffert, mais seulement le dommage souffert.

L'application de ce principe n'est toutefois pas soustraite à une importante marge d'appréciation dans le chef des juridictions, essentiellement en ce qui concerne la réparation de dommages autres que purement matériels, tels les dommages moraux pour douleurs endurées ou perte d'un être cher. Il n'est pas exclu que dans certains cas d'espèce, une intention de punir le responsable puisse amener les tribunaux à allouer des montants importants.

- à des indemnités forfaitaires légales à finalité punitive ?

Dans le domaine de la résiliation des contrats de travail, la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail organise la protection des salariés par

un contrôle juridictionnel de la régularité quant à la forme et au fond du licenciement. En cas d'irrégularité au fond, le licenciement est abusif et le salarié est indemnisé à concurrence du préjudice réellement subi. Si le licenciement est simplement irrégulier en raison de la violation d'une formalité jugée substantielle par la juridiction (ex. : entretien préalable lorsque l'employeur emploie plus de 150 salariés), le salarié obtient en application de l'article 29, alinéa 3 de la loi une indemnité forfaitaire qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. Cette indemnité n'est pas allouée si le licenciement est par ailleurs jugé irrégulier au fond et qu'il donne lieu à indemnisation du préjudice réellement subi.

- à des peines conventionnelles en application de clauses pénales ?

La possibilité d'insérer des clauses pénales dans les contrats est expressément prévue d'une façon générale par les articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil, et elle est rappelée par l'article 2047 du Code civil pour les transactions. Si l'article 1229 souligne que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, sa fonction n'est pas que réparatrice. La jurisprudence est, à cet égard, très claire: « à côté de sa fonction indemnitaire, la clause pénale possède également une fonction comminatoire » (Cour d'appel, 6 mai 1992, rôle n° 13361).

Dans l'affaire citée, la juridiction a, en application de l'article 1152 du Code civil (qui permet au juge de modérer ou d'augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire), réduit à 140.000 francs l'indemnité de résolution, fixée à 235.800 francs, stipulée dans un contrat de vente d'une voiture d'une valeur de 707.400 francs, tout en estimant le préjudice réel à 75.000 francs.

- à des déchéances de droit ?

Dans le domaine des assurances, certains comportements de l'assuré sont sanctionnés.

Dans tous les contrats d'assurance, l'omission ou l'inexactitude intentionnelles dans la déclaration du risque entraînent la nullité du contrat d'assurance, avec perte des primes payées jusqu'au jour où l'assureur a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude intentionnelles (art. 12 de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance).

Tous les contrats d'assurance peuvent prévoir la déchéance partielle ou totale du droit à la prestation d'assurance en raison de l'inexécution d'une obligation déterminée imposée par le contrat et à la condition que le manquement soit en relation causale avec la survenance du sinistre (art. 18 de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance).

Quel que soit le type de contrat d'assurance conclu, l'assureur peut prétendre à une réduction de sa prestation à concurrence du préjudice qu'il subit si l'assuré ne remplit pas ses obligations au titre de la déclaration du

sinistre et de son obligation de prévenir et d'atténuer les conséquences du sinistre. Si l'assuré a agi dans une intention frauduleuse, l'assureur peut décliner sa garantie (art. 28 de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance).

Lorsqu'un même intérêt assurable est assuré de mauvaise foi pour un montant trop élevé, par un ou plusieurs contrats souscrits auprès d'un ou plusieurs assureurs, les contrats sont nuls et l'assureur ou les assureurs, s'ils sont de bonne foi, ont le droit de conserver les primes perçues à titre de dommages et intérêts (art. 54 de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance).

- à des astreintes ?

Les articles 2059 à 2066 du Code civil, issus de la transposition d'une loi uniforme BENELUX sur l'astreinte, prévoient la possibilité de prononcer des condamnations sous astreinte.

Le tribunal peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, le tout sans préjudice des dommages et intérêts éventuels. L'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent.

L'article 2062 du Code civil dispose que l'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation, celle-ci pouvant en poursuivre le recouvrement en vertu du titre même qui la prévoit. Elle peut toutefois être supprimée ou suspendue, à la demande du condamné, s'il est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle, de satisfaire à la condamnation principale, mais cette demande ne peut être faite que si l'impossibilité se produit avant que l'astreinte ne soit acquise (art. 2063).

- à d'autres peines privées ? (en dehors d'amendes civiles dont le produit revient à l'État)

En dehors du domaine purement pécuniaire, on peut évoquer la question de la réparation du dommage symbolique (l'euro, ou autre unité monétaire, symbolique). La pratique consistant à demander à se voir allouer l'euro symbolique existe au Luxembourg. L'attribution d'un tel montant n'a assurément pas pour objectif d'indemniser un dommage pécuniaire. Ne faut-il pas rechercher l'objectif d'une telle action dans la seule intention du demandeur de voir reconnaître en justice la responsabilité du défendeur afin d'une part de lui donner une satisfaction morale et d'autre part de stigmatiser le défendeur ? Lorsqu'une telle demande n'est pas produite de façon incidente au cours d'une procédure pénale, qui a pour objet principal la reconnaissance de la culpabilité pénale, mais de façon principale dans une instance civile, on peut lui reconnaître la nature d'une action civile à caractère punitif.

Dans le domaine des condamnations pécuniaires prononcées par un tribunal, la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard prévoit que les condamnations pécuniaires portent intérêt au taux légal, ceci afin d'indemniser le créancier du retard apporté par le débiteur à s'exécuter. Mais il faut considérer comme peine privée la majoration du taux d'intérêt légal, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement, qui est prévue par ailleurs par cette loi et peut être ordonnée d'office par les tribunaux. En admettant que le taux d'intérêt légal compense le préjudice subi du fait de l'exécution tardive du jugement, la majoration du taux de cet intérêt légal aggrave la situation du débiteur. Il est sanctionné pour ne pas s'être exécuté endéans un délai proche de la décision de condamnation. Cette loi nouvelle donne cependant actuellement lieu à discussion quant à son champ d'application. Celui-ci s'étend aux relations contractuelles entre les professionnels et leurs clients, que ceux-ci soient professionnels, administrations ou particuliers. La question de savoir si elle s'applique aux autres relations contractuelles (notamment entre particuliers) et aux relations délictuelles est cependant discutée.

Dans le domaine des voies d'exécution, plus particulièrement en matière de saisie-arrêt (saisie par le créancier de biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur se trouvant entre les mains d'un tiers), la loi impose au tiers saisi une obligation de collaboration en vue de la réalisation de cette voie d'exécution. Cette obligation de collaboration se manifeste par une déclaration à faire par le tiers saisi indiquant les causes et le montant de sa dette sur le débiteur saisi, les paiements éventuellement faits et l'acte ou les causes de libération s'il n'est plus débiteur, le tout accompagné des pièces justificatives. Si le tiers saisi ne fait pas cette déclaration ou s'il ne la justifie pas pièces à l'appui, il peut être déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie-arrêt. Il sera alors condamné à payer au créancier le montant à concurrence duquel la saisie-arrêt avait été valablement pratiquée, alors même qu'il ne détenait aucun avoir du débiteur. On peut admettre qu'il s'agit d'une peine privée qui frappe le tiers saisi au profit du créancier.

*b) Existe-t-il dans votre droit d'autres procédés punitifs privés tels que :
- publication de la décision de condamnation ?*

En matière de délits de presse, l'article 19 de la loi du 20 juillet 1869 prévoyait la possibilité en matière pénale d'ordonner la publication, dans le journal incriminé, de tout ou partie du jugement ayant reconnu la culpabilité d'un article. La jurisprudence a étendu cette mesure aux actions en responsabilité civile du chef de dommages causés par des articles de presse. La loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias a abrogé la loi du 20 juillet 1869, mais son article 74 a expressément accordé tant aux juridictions pénales qu'aux juridictions civiles le pouvoir d'ordonner la publication de tout ou partie des décisions

qui ont reconnu la culpabilité ou la responsabilité pénale ou civile d'une personne en raison d'une faute commise par voie d'un média.

La loi du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur (art. 5) prévoit la possibilité d'ordonner la publication dans les journaux des décisions qui statuent en référé sur le caractère abusif des clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Cette publication peut aussi être ordonnée par voie d'affichage dans les locaux du professionnel.

Un mécanisme identique (publication dans les journaux et par affichage dans les locaux du contrevenant) est mis en place par la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, en ce qui concerne les décisions ordonnant la cessation des actes contraires aux dispositions de cette loi (art. 24). En cas de manquement aux injonctions ou interdictions prononcées dans ce cadre, le contrevenant encourt des sanctions pénales, et la décision de condamnation afférente peut de même faire l'objet d'une mesure de publication ou d'affichage (art. 26).

La loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données prévoit que la publication de la décision qui ordonne en référé la cessation d'une atteinte à un tel droit peut être ordonnée (art. 81).

La loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention donne pouvoir au tribunal qui statue au fond sur une action en cessation d'une contrefaçon d'un brevet d'ordonner la publication du jugement dans les journaux (art. 80). Le même régime s'applique aux topographies de produits semi-conducteurs (art. 11 de la loi du 29 décembre 1988 concernant à la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs)

- action en cessation (en référé ou au fond) ?

Toutes les juridictions du premier degré (tribunaux d'arrondissement, tribunaux de paix, tribunaux du travail) ont le pouvoir de prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Ces dispositions visent à permettre de prévenir ou de faire cesser une voie de fait, et peuvent donner lieu à des injonctions de faire ou de ne pas faire, et notamment de cesser certains agissements. En vue d'assurer leur efficacité, ces mesures sont en général assorties d'une astreinte.

Ces pouvoirs sont conférés par la loi expressément aux formations de référé attachées à ces différentes juridictions. Mais il ne fait pas de doute que lorsque ces juridictions siègent comme juridictions du fond, elles disposent des mêmes pouvoirs.

Certaines lois spéciales organisent par ailleurs des actions en cessation spécifiques dans certains domaines particuliers.

Dans le domaine de la protection des consommateurs, toute personne, tout groupement professionnel ou toute association de consommateurs représentée à la commission des prix peut saisir le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme en matière de référé, en vue de voir constater le caractère abusif d'une clause ou d'une combinaison de clauses et entendre dire la clause ou la combinaison de clauses nulle et non écrite. Les associations de consommateurs représentées à la commission des prix peuvent également saisir le président du tribunal d'arrondissement en vue de voir supprimer une ou plusieurs clauses abusives normalement insérées dans les contrats d'adhésion. Le professionnel qui continue à invoquer une clause déclarée abusive, et comme telle nulle et non écrite, par une décision judiciaire irrévocable intervenue à son égard, encourt des sanctions pénales (art. 5 et 6 loi du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur).

Dans le domaine des pratiques du commerce, toute personne, tout groupement professionnel ou toute association de consommateurs représentée à la commission des prix peut saisir le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme en matière de référé, en vue de voir ordonner la cessation des actes contraires aux dispositions de la loi, même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel ou d'une intention fautive ou d'une négligence de la part de l'annonceur (art. 23 de la loi du 30 juill. 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse).

Dans le domaine de la protection des droits intellectuels, tout intéressé peut saisir le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme en matière de référé, en vue de voir ordonner la cessation de toute atteinte à un droit d'auteur, à un droit voisin ou à un droit sur une base de données sui generis (art. 81 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données).

Dans le domaine des brevets d'invention, le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme en matière de référé, peut ordonner pour une durée de trois mois, renouvelable, la cessation de toute activité considérée comme constitutive de contrefaçon (art. 79 de la loi du 20 juill. 1992 portant modification du régime des brevets d'invention). Le tribunal d'arrondissement statuant au fond peut ordonner de façon définitive la cessation des actes de contrefaçon constatés par lui (art. 80 de la loi du 20 juill. 1992 portant modification du régime des brevets d'invention). Le même régime s'applique aux topographies de produits semi-conducteurs (art. 11 de la loi du 29 déc. 1988 concernant à la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs).

Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a mis en place un Conseil de la concurrence, chargé de veiller à l'application des règles communautaires et nationales relatives à l'interdiction des ententes et des abus de position

dominante (art. 6). Ce Conseil peut obliger les entreprises à mettre fin à une infraction constatée, en usant de toute mesure coercitive appropriée et proportionnée à l'infraction retenue (art. 10). Le président du Conseil peut, en attendant une décision définitive sur le fond, prendre des mesures conservatoires, proportionnées à la violation constatée et limitées dans le temps, en cas d'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public et économique, (art. 11). Le Conseil peut infliger des astreintes en vue d'assurer le respect de ses décisions prises sur base des articles 10 et 11 (art. 20). Toutes ces décisions sont soumises au contrôle des juridictions administratives (art. 26).

- recours des fonds d'indemnisation ?

Le Fonds commun de garantie automobile, créé par la loi du 16 décembre 1963 et actuellement régi par la loi du 16 avril 2003, est chargé d'indemniser les victimes d'accidents de la route lorsque, notamment, l'accident est causé par un véhicule non-identifié, lorsque la responsabilité n'est couverte par aucune assurance valable ou lorsque l'assureur est insolvable. L'article 13 du règlement d'application de cette loi exclut les victimes d'accident du bénéfice du Fonds dans certaines hypothèses (responsabilité personnelle civile ou pénale de la victime, connaissance par la victime du vol de la voiture ou de l'absence de couverture d'assurance, ...). Le Fonds est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du responsable à concurrence des sommes payées à la victime.

- recours des assureurs de responsabilité ?

L'assureur de responsabilité peut se réserver un droit de recours contre le preneur d'assurance et, s'il y a lieu, contre l'assuré autre que le preneur, dans la mesure où il aurait pu refuser ou réduire ses prestations en application de la loi ou du contrat d'assurance. L'intention d'exercer ce recours doit être notifiée par l'assureur à la personne concernée dès qu'il a connaissance des faits justifiant cette décision (art. 91 de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance).

- disparition, en cas de faute qualifiée, de certaines restrictions légales (plafonds) ou conventionnelles (clause de responsabilité) à la réparation ; ces procédés sont-ils considérés dans votre droit comme une expression de la pénalisation de la réparation ?

Le droit luxembourgeois ne connaît pas de restrictions légales à la réparation : celle-ci doit assurer la réparation intégrale du préjudice subi. Dans le domaine contractuel, l'article 1150 du Code civil limite toutefois le préjudice indemnifiable aux dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, de sorte qu'il peut arriver que l'indemnisation ne couvre pas l'intégralité du préjudice subi. Cette limitation connaît toutefois à son tour une exception: lorsque l'obligation

contractuelle en cause n'a pas été exécutée en raison du dol du débiteur, l'indemnisation va au delà du dommage prévu ou prévisible pour atteindre le montant réel du dommage lorsqu'il est plus important.

Les clauses contractuelles relatives à la responsabilité sont soumises à la liberté contractuelle des parties. Elles peuvent prévoir qu'elles ne jouent pas en cas de faute du débiteur remplissant certaines caractéristiques.

- réduction d'indemnité en cas de faute de la victime ?

L'indemnisation de la victime peut être réduite en cas de faute de sa part par le biais d'un partage de responsabilité, qui fait qu'elle ne se voit attribuer qu'une portion de l'indemnisation à laquelle elle peut en principe prétendre. Cette portion est toutefois calculée sur base du préjudice réellement subi. L'évaluation de celui-ci n'est pas affectée par la faute de la victime.

- exclusions légales de risques à raison de la gravité de la faute dans les contrats d'assurance ?

D'une façon générale, l'assureur n'est pas tenu de fournir sa garantie au profit de quiconque a causé le sinistre de manière intentionnelle ou dolosive (art. 14, al. 1^{er} de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance). En matière d'assurances sur la vie, il doit toutefois couvrir le suicide de l'assuré survenu un an ou plus après la conclusion du contrat, la remise en vigueur d'un contrat suspendu ou l'augmentation de la garantie (art. 103 de la même loi).

Si l'assureur doit d'une façon générale répondre des sinistres causés par la faute, même lourde, du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire, il peut toutefois s'exonérer de ses obligations pour les cas de faute lourde déterminés expressément et limitativement dans le contrat (art. 14, al. 2 de la loi du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance).

- majorations légales de prime d'assurance (bonus-malus) ?

Le droit luxembourgeois connaît dans les contrats d'assurance de responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs un régime obligatoire de bonus-malus (règlement grand-ducal du 20 déc. 1994). Ce régime a été jugé compatible avec le droit communautaire dans un arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes en date du 7 septembre 2004 (affaire C-346/02).

- autre ?

Dans le domaine de la protection des droits intellectuels, la loi prévoit la possibilité de mettre sous scellés des objets contrefaits (art. 72 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les

bases de données), ou de saisir les objets contrefaits et les instruments ayant servi à commettre la contrefaçon (art. 79 de la loi du 20 juill. 1992 portant modification du régime des brevets d'invention ; art. 11 de la loi du 29 déc. 1988 concernant à la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs).

c) Votre droit admet-il les condamnations à des peines privées prononcées par des juridictions étrangères ?

Nous avons vu que la théorie de la peine privée n'était pas totalement rejetée par notre système juridique. Faut-il en déduire que la violation du principe d'interdiction des peines privées ne serait pas perçue comme une atteinte intolérable à nos conceptions juridiques et que les jugements allouant des dommages et intérêts punitifs tels que prévus dans d'autres systèmes juridiques pourraient bénéficier de l'exequatur au Luxembourg ?

Pour répondre à cette question, il convient d'examiner brièvement comment le concept d'ordre public est appliqué par nos juridictions pour déterminer la compatibilité ou l'incompatibilité de tels dommages et intérêts avec ce concept.

L'importance de la matière n'a pas échappé aux experts de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, qui réfléchissent, depuis plusieurs années, à une future convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, convention dont il est prévu qu'elle contiendra une disposition relative à l'exécution des jugements étrangers accordant des dommages et intérêts non compensatoires ou des dommages et intérêts dits excessifs.

Il est intéressant de relever que dans ce contexte, les États membres de la Conférence ont estimé « préférable d'adopter un motif de refus total ou partiel d'exécution spécifique aux décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou d'un montant excessif, plutôt que de s'en remettre simplement à l'exception d'ordre public »¹.

• *Le concept d'ordre public*

Selon une règle bien établie, l'ordre public, au sens du droit international privé, ne se confond pas avec l'ordre public interne²: « Comme il s'agit de donner effet au Luxembourg à des droits acquis à l'étranger, l'ordre public n'intervient donc que par un effet atténué et se trouve moins exigeant que s'il se fût agi de l'acquisition de ces mêmes droits au Luxembourg »³.

¹ Rapport de P. NYGH et F. POCAR, *Document préliminaire*, n° 11, août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001.

² SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, 1988, n° 182 ; Cour d'appel Luxembourg, 21 avril 1921, *Pas. XI*, p. 467.

³ Cour d'appel Luxembourg, 23 mars 1994, *Sagers c/ Kaukab*, n° 15357 du rôle.

La réserve de l'ordre public international, qui regarde les règles et les principes affectant les conceptions fondamentales de l'ordre moral, social, politique ou économique d'un pays et de son système juridique, entraîne l'exclusion de toute règle étrangère qui pourrait causer un réel trouble à l'ordre de la société par son incompatibilité avec les principes et les structures fondamentaux du droit luxembourgeois⁴.

Les juridictions luxembourgeoises ont parfois considéré que les règles de l'ordre public international empêchaient, par principe, l'application d'un certain nombre de règles législatives étrangères pour la raison principale que leur contenu divergeait du contenu de la règle correspondante luxembourgeoise.

Par exemple, dans le cas d'un contrat régi par la loi belge qui contenait une clause pénale allouant un montant fixe de dommages et intérêts, la juridiction luxembourgeoise a décidé que, en application de l'article 1152 du Code civil, le juge était autorisé à réduire le montant des dommages alloués par la clause pénale en se basant sur le fait que le deuxième paragraphe de l'article 1152 est une disposition d'ordre public.

Dans la même veine, une décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a décidé que la réglementation belge fixant un taux d'intérêt maximal supérieur au taux d'intérêt fixé par la réglementation luxembourgeoise était incompatible avec les exigences de l'ordre public luxembourgeois⁵.

Mais dans le même temps, les juridictions ont introduit une sorte de « règle de raison » dans leur approche en décidant que la réglementation luxembourgeoise correspondante n'était pas la seule pertinente et que le contenu spécifique de la réglementation étrangère devait être examiné⁶.

Ainsi, d'une manière générale, l'objection d'atteinte à l'ordre public est reçue quand l'application de la loi étrangère normalement applicable porterait une atteinte suffisamment grave à un intérêt de l'ordre juridique luxembourgeois considéré comme devant être impérativement protégé⁷.

⁴ SCHOCKWEILER, *op. cit.*, n° 182; v. également Cour d'appel Luxembourg, 2 juin 1978, *Pas. XXIV*, p. 114.

⁵ Tribunal Luxembourg, 27 juin 1990, *Cobac c/Houtsch*, n° 390/90; « Quelques aspects d'actualité du droit international privé », P. KINSCH, *Bulletin Cercle François Laurent*, 1995, p. 1; plus spécialement, Cour d'appel, 9 déc. 1992, *Transports Internationaux Dasbourg c/UFB Ace Leasing*, n° 14298 du rôle.

⁶ Tribunal Luxembourg, 5 juin 1991, *Cobac c/Van Opdorp*, n° 401/91; Tribunal Luxembourg, 8 mars 1992, *Cobac c/Correira Esteves*, n° 174/92.

⁷ Quelques aspects d'actualité du droit international privé, P. KINSCH, *précité*, p. 16; v. également BERNECKER, « Internationales Privat- und Prozessrecht im Grossherzogtum Luxemburg », in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1962, p. 326.

• *La compatibilité des dommages et intérêts punitifs avec le concept d'ordre public*

On écrit généralement que pour ce qui est du mode et de l'étendue de la réparation, les juridictions utilisent rarement le concept d'ordre public⁸.

La jurisprudence française a refusé d'écarter l'application de la loi étrangère même si cette loi étrangère n'accorde à la victime qu'une compensation limitée. Ainsi, l'exception d'ordre public n'a pas prospéré à l'encontre d'une décision appliquant une loi étrangère refusant la réparation du dommage moral ou indirect⁹.

La Cour de cassation belge, quant à elle, a décidé que « n'est pas contraire à l'ordre public international belge une disposition légale étrangère qui, tout en reconnaissant à la victime le droit à la réparation du dommage causé par un fait illicite, ne donne pas à cette réparation la même étendue que la loi belge »¹⁰. Ceci dit, une disposition étrangère qui priverait la victime de toute compensation¹¹ serait certainement considérée comme contraire à l'ordre public.

Ce qui est intéressant dans l'arrêt de la Cour de cassation belge, ce sont les termes *même étendue* qui semblent signifier qu'ils pourraient être appliqués non seulement à des dommages moins élevés, mais aussi à des dommages excédant le montant du dommage réellement souffert par la victime. L'on pourrait en conclure que dans ces deux hypothèses, la juridiction serait d'avis que l'ordre public n'est pas offensé.

Pour ce qui est des dommages et intérêts punitifs proprement dits, bien qu'il n'existe à notre connaissance aucune décision d'une juridiction luxembourgeoise qui ait eu à statuer sur une demande ou procédure d'exequatur pour de tels dommages et intérêts, il nous semble toutefois que la juridiction serait conduite à considérer que l'allocation de ce type de dommages et intérêts offense l'ordre public international et ceci pour plusieurs raisons.

Il en est ainsi tout d'abord parce que le droit de punir est réservé à l'État et qu'il ne peut y avoir aucune justice pénale privée.

Ce principe, posé par l'article 14 de la Constitution luxembourgeoise¹², est confirmé par l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³.

La question de savoir quand une sanction est de nature pénale est débattue en droit international. Le critère le plus simple de distinction

⁸ BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, n° 559 et *Encyclopédie Dalloz Droit international*, v. Responsabilité civile, n° 97.

⁹ V. notamment Cassation française, 30 mai 1967, *Chenet*, 1969, p. 408.

¹⁰ *Bologne c/Sainte, Pas. Belge*, 1957. I. 1111.

¹¹ Conclusions de M. HAYUIT de TERMICOURT dans l'affaire *Bologne c/Sainte, Pas.* 1957. I. 1114.

¹² « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

¹³ « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

consiste à déterminer si le bénéficiaire du paiement est l'État ou une personne privée réclamant des dommages et intérêts. Ce critère conduirait à considérer les dommages et intérêts punitifs réclamés par un particulier comme étant d'une nature civile¹⁴ et donc à admettre qu'ils puissent ne pas être édictés par une loi. En revanche, ils ne seraient pas admissibles s'ils étaient alloués à l'État ou à une personne publique.

Si le critère de la légalité des sanctions pénales, à lui seul, ne suffit pas à déterminer si une atteinte est portée à l'ordre public, il en existe d'autres.

L'on peut également considérer qu'en accordant l'*exequatur* à un jugement allouant des dommages et intérêts punitifs, et donc en validant cette pratique du juge étranger, quand elle est opérée dans le contexte d'une *class action*, (ce qui est souvent le cas, *punitive damages et class actions* allant fréquemment de pair) le juge luxembourgeois violerait l'article 5 du Code civil et porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs dans le contexte de la réparation.

On a en effet considéré que dans une telle hypothèse, la pratique des dommages et intérêts punitifs heurterait le principe de la séparation des pouvoirs. Louis Boré, à cet égard, cite Glenn qui « a condamné vigoureusement les mécanismes de « réparation fluide » et le fait que le juge puisse évaluer de façon globale et approximative le montant des dommages et intérêts dus par le défendeur. Selon cet auteur, en permettant au juge d'accorder des dommages intérêts à des personnes qui n'ont pas été victimes et à des victimes qui ne sont pas en mesure de prouver le montant du dommage qu'elles ont subi, l'action de groupe conduirait le juge à ne plus rendre une justice commutative mais distributive. Il sortirait alors de sa fonction juridictionnelle pour exercer une fonction législative, ce qui constituerait une violation du principe de la séparation des pouvoirs¹⁵ ».

L'interdiction faite au juge de s'impliquer dans l'exercice du pouvoir législatif en procédant par voie de disposition générale est passible de sanctions pénales¹⁶. Si la juridiction luxembourgeoise considérait que l'évaluation de la réparation faite par le juge étranger l'a conduit à rendre un jugement d'une nature réglementaire, l'exception d'atteinte à l'ordre public international luxembourgeois serait très vraisemblablement reçue, l'article 5 du Code civil et les articles 237 à 239 du Code pénal étant fondamentalement d'ordre public.

Mais une autre raison, mise en avant par la juridiction allemande, conduit également à penser qu'une décision allouant des dommages et intérêts punitifs serait considérée comme contraire à l'ordre public international luxembourgeois: celle de l'interdiction de l'enrichissement injuste.

¹⁴ BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, 7^{ème} édition, t. II, 1983, n° 714 ; v. également P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, p. 162, note 65.

¹⁵ *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, n° 422.

¹⁶ Art. 237-239 du Code pénal.

Le *Bundesgerichtshof* allemand (BGH) a été confronté à la question de l'*exequatur* d'une décision américaine allouant des dommages et intérêts punitifs et, tout en soulignant que l'allocation de dommages et intérêts dans une mesure inhabituelle pour la peine et la souffrance n'était pas, en soi, contraire à l'ordre public, a décidé que l'application de cette peine privée heurterait l'ordre public allemand¹⁷.

Bien que dans ce domaine de la loi, les juridictions luxembourgeoises suivent, en général, la jurisprudence française et belge plus que la jurisprudence allemande, un examen des principes appliqués par le BGH dans cette décision conduit à la conclusion que ces principes sont hautement similaires, au moins dans la mesure où le droit international privé est concerné, à ceux du système juridique luxembourgeois, ce qui devrait conduire un juge luxembourgeois aux mêmes conclusions:

- à l'instar du Luxembourg, le droit international allemand sur la procédure civile ne permet pas, en *exequatur*, la révision au fond des jugements,

- le simple fait qu'une juridiction allemande, si elle avait eu compétence, serait parvenue à un résultat différent, ne permet pas en soi de conclure à l'incompatibilité du jugement étranger avec l'ordre public allemand. Il est nécessaire, au contraire, que la reconnaissance du jugement étranger conduise à un résultat qui serait radicalement incompatible avec les droits constitutionnels élémentaires allemands ou d'autres principes fondamentaux du système juridique allemand. L'approche luxembourgeoise est similaire dans la mesure où, pour les juridictions, la seule différence de contenu entre un système juridique étranger et le système juridique luxembourgeois ne doit pas nécessairement conduire à refuser l'*exequatur*. Le contenu spécifique de la réglementation étrangère est examiné et l'exception d'ordre public n'est retenue qu'en cas de divergence grave entre le résultat auquel conduit cette réglementation étrangère et celui auquel aboutirait l'application des règles essentielles du système économique, politique ou moral luxembourgeois,

- dans les deux systèmes juridiques luxembourgeois et allemand, le demandeur ne doit pas s'enrichir par la réparation de son dommage. Admettre le contraire reviendrait à accorder à une personne privée le droit, en sanctionnant le responsable au-delà du nécessaire, d'agir comme un procureur privé et de porter atteinte au monopole répressif de l'État et aux sauvegardes qui y sont associées¹⁸.

Sur la base de ces principes, le BGH a décidé que, dans la mesure où les dommages et intérêts punitifs avaient été accordés comme une forme de répression ou de prévention sans nature compensatoire ou sans regard au dommage souffert, la partie de la décision les accordant n'était pas susceptible d'*exequatur*, tandis qu'il admettait l'*exequatur* pour ce qu'il a

¹⁷ *Bundesgerichtshof* (BGH) cité in « Entscheidungen des Bundesgerichtshofes », *Zivilsachen* BGHZ 118, 312 (1993), affaire IX ZR 149/91, décision civile.

¹⁸ « Recognition and enforcement of US punitive damages judgments in Germany – a recent decision of the German Federal Court of Justice », par Dr G. WEGEN & J. SCHERER, *International Business Lawyer*, nov. 1993, vol. 21, n° 10, p. 486.

considéré comme la partie compensatoire de ces dommages et intérêts punitifs¹⁹.

Plus récemment, le 25 juillet 2003, la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*), dans une affaire *Bertelsmann AG* contre un groupe d'auteurs de musiques américains réclamant leur droit au copyright en relation avec la participation de *Bertelsmann* à *Napster*, a rendu une décision qui peut, dans une certaine mesure, être intéressante pour une juridiction luxembourgeoise qui aurait à décider en la matière, bien que la comparabilité de ces décisions soit moins évidente sous certains aspects.

Cette décision est relative à l'admissibilité de la notification, en vertu de la Convention de La Haye sur la notification des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale du 15 novembre 1965, d'une assignation en *class action* relative à une demande portant sur 17 milliards de dollars.

Le Président de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf, autorité compétente sur cette question de la notification selon la Convention de La Haye, avait déclaré recevable la demande d'assistance judiciaire des autorités américaines au titre de cette convention, de même que l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf en appel. Il est toutefois intéressant de constater que l'*Oberlandesgericht* avait fait valoir que bien que la recevabilité pût être refusée relativement aux actions visant à l'obtention de dommages et intérêts punitifs et exemplaires, cette solution ne pouvait pas être appliquée à l'espèce parce que la demande semblait, à première vue, tendre à obtenir des dommages et intérêts compensatoires.

L'*Oberlandesgericht* a donc rejeté la demande de l'assignée *Bertelsmann* tendant à voir déclarer irrecevable la notification de cette assignation, bien qu'elle fit référence à une *class action* de ce type, en décidant que le demandeur avait un droit découlant du traité à requérir la notification et que l'examen de l'objet de la demande ne pouvait pas déjà être fait au niveau de la notification.

Bertelsmann a alors introduit une action en révision à l'encontre de la décision de l'*Oberlandesgericht* devant la Cour constitutionnelle, en se prévalant de l'article 13 de la Convention de La Haye qui réserve l'ordre public.

La Cour constitutionnelle allemande a considéré que l'action contre *Bertelsmann* était abusive et que son objectif portait atteinte au principe général de la liberté d'exercice d'une activité civile et commerciale. Elle a retenu qu'au regard des montants réclamés, l'action n'avait pas une base substantielle effective et tendait à faire pression sur le défendeur en allant au-delà de ce que les moyens médiatiques lui permettaient de faire.

Il est vrai que la recevabilité de la notification n'a pas été refusée en raison de la nature punitive des dommages et intérêts réclamés (en apparence, ces dommages n'étaient pas qualifiés de punitifs), mais parce que leur caractère radicalement exorbitant prouvait l'utilisation détournée

¹⁹ *Recognition and Enforcement of US punitive damages, op. cit.*

d'une action en justice dans un but ne servant en réalité pas à une indemnisation par des dommages et intérêts.

Pour illustrer son propos et appuyer la solution selon laquelle la demande en dommages et intérêts introduite en Amérique contre *Bertelsmann* était à considérer comme contraire à l'ordre public allemand, la Cour a fait référence à une nouvelle disposition légale introduite en Allemagne en 1999 qui prévoit spécifiquement que les juridictions allemandes ne peuvent appliquer (et donc encore moins imprimer l'exequatur à une décision étrangère en ce sens) une loi étrangère qui aurait pour effet d'accorder une réparation allant au-delà d'une indemnisation appropriée de la victime ou servant manifestement des intérêts autres que l'indemnisation.

La décision du *Bundesverfassungsgericht* est une décision provisoire, comparable à une ordonnance de référé. En soupesant les arguments pour et contre sa décision, le *Bundesverfassungsgericht* a noté, entre autres, que l'admission de la notification aboutirait à impliquer *Bertelsmann* dans une procédure de *class action* aux États-Unis et que les juridictions allemandes auraient plus tard, au stade de l'exequatur, l'opportunité de décider de l'admissibilité d'une demande introduite par une *class action*²⁰.

Ce qui a emporté sa décision d'irrecevabilité de la notification litigieuse, c'est que, si l'on admettait cette notification, *Bertelsmann* s'exposerait aux États-Unis à une décision qui, bien que non admise, en définitive, à l'exequatur en vertu des principes de la Constitution allemande, ne le protégerait pas d'une exécution sur ses biens aux États-Unis, ni de la perte de réputation qui serait provoquée par cette action.

Nous n'avons pas connaissance de ce qu'une décision définitive du *Bundesverfassungsgericht* sur la plainte constitutionnelle de *Bertelsmann* aurait été prise.

Bien que les motifs de l'ordonnance du *Bundesverfassungsgericht* soient complexes, cette ordonnance, en dépit de sa nature provisoire, illustre l'extrême réticence de la Cour suprême allemande à admettre ne fût-ce que la signification d'une assignation visant à obtenir une indemnisation qu'elle considère comme incompatible avec les concepts constitutionnels et fondamentaux de la loi allemande.

Ce qui précède nous conduit à admettre que des dommages et intérêts punitifs prévus par le droit étranger seraient, que ce soit dans une action directe devant les tribunaux luxembourgeois ou dans une action en *exequatur*, considérés par une juridiction luxembourgeoise comme portant atteinte à l'ordre public international luxembourgeois.

2) a) *Dans quels domaines ces sanctions sont-elles prononcées ? Spécialement, sans que la liste suivante soit exhaustive, sont-elles admises dans les cas :*

- *d'abus de pouvoir de l'administration ou atteinte à une liberté publique par les agents de la force publique ?*

²⁰ N° 42 des motifs.

Rien ne s'oppose à ce que tel soit le cas.

- de diffamation ou d'atteinte, notamment par voie de presse, à un droit de la personnalité ou à une liberté fondamentale ?

Oui.

- de responsabilité du fait des produits défectueux ?

La responsabilité du fait des produits défectueux fait l'objet d'une loi particulière du 21 avril 1989. Celle-ci ne prévoit pas de mécanisme de peine privée, mais les procédés généraux décrits ci-dessus peuvent trouver à s'appliquer à la matière.

- de concurrence déloyale, de parasitisme ou de contrefaçon ?

Les lois spéciales régissant ces matières prévoient des procédures judiciaires d'action en cessation et de publication des décisions (v. ci-dessus).

- de pratiques restrictives de concurrence ?

La loi spéciale régissant cette matière prévoit des procédures administratives d'action en cessation (v. ci-dessus).

- d'atteinte à l'environnement ?

La plupart des litiges en matière de protection de l'environnement soit sont traités par les juridictions répressives, soit trouvent leur épilogue dans des arrangements extrajudiciaires entre assureurs. Il n'existe donc quasiment pas de jurisprudence civile en la matière. La législation, quant à elle, n'a instauré aucune sanction particulière de type peine privée dans ce domaine.

- d'atteinte à des intérêts collectifs ?

Dans les domaines de la protection de la concurrence, des consommateurs et, dans une moindre mesure, de l'environnement, où les groupements constitués en vue de la défense des intérêts collectifs de leurs membres se sont vus reconnaître le droit d'exercer certaines actions en justice dans le but de défendre ces intérêts, les procédés généraux décrits ci-dessus pourraient trouver à s'appliquer. Aucun mécanisme de peine privée n'a été spécifiquement mis en place.

- de responsabilité contractuelle, notamment pour rupture abusive de contrat ?

Oui, en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par le dol du débiteur (art. 1150 du Code civil – v. ci-dessus).

- de défaut d'information des consommateurs ?

Non.

- de retard dans le paiement ?

La majoration des intérêts légaux s'applique dans ce cadre.

- de responsabilité du fait d'autrui ?

Non.

- ou dans d'autres cas encore ?

(néant)

b) Ces domaines sont-ils définis par la loi (applique-t-on, pour ces pénalités privées, la principe de légalité des délits et des peines ?) ou par la jurisprudence ?

Certaines des peines privées citées sont prévues par des dispositions légales d'application générale et peuvent donc être appliquées dans tous les domaines (astreintes, clauses pénales, actions en cessation). Il appartient alors aux juridictions d'apprécier au cas par cas la nécessité ou l'opportunité de prononcer une telle condamnation.

D'autres peines privées sont spécialement organisées par une loi spéciale dans un domaine particulier (publications par voie de presse, déchéances de droits). Leur champ d'application est alors limité au domaine d'application de la loi en question.

Le principe de la légalité des peines est posé par l'article 14 de la Constitution. Pour ce qui est spécialement des clauses pénales, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt rendu le 30 janvier 2004 a expressément dit qu'elles étaient de nature purement civile et ne constituaient pas des peines au sens de l'article 14 de la Constitution. Dans un arrêt antérieur du 22 mars 2002, elle avait considéré que la légalité des peines suivait, en droit disciplinaire, les principes généraux du droit pénal. Mais on ne peut déduire de ces deux seules décisions que l'article 14 de la Constitution ne devrait pas trouver à s'appliquer aux peines privées d'une manière générale.

3) À quelles conditions ces sanctions sont-elles prononcées ?

D'une façon générale, on peut dire que la mise en œuvre des peines privées requiert comme unique condition préalable que la responsabilité du débiteur soit engagée.

En particulier :

- exige-t-on une faute d'une gravité particulière : faute intentionnelle ? faute lourde ou inexcusable ?

En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par le dol du débiteur, il doit indemniser tout le préjudice subi, et pas uniquement le préjudice prévu ou prévisible au moment de la conclusion du contrat (art. 1150 du Code civil).

- exige-t-on une condition d'imputabilité de la faute à son auteur (cas des fautes commises par des personnes privées de raison) ?

Non.

- le caractère lucratif de la faute est-il un critère de ces sanctions ? dans quels cas ?

Lorsque la peine privée est laissée à l'appréciation des juridictions, il n'est pas exclu que le bénéficiaire que le débiteur a pu tirer de la commission de la faute soit pris en considération, sciemment ou inconsciemment, pour décider si une peine privée est prononcée ou non, et dans quelle mesure elle est ordonnée. Mais le critère principal reste toujours la question de savoir si le prononcé de la peine privée est de nature à contribuer à la réparation du préjudice subi par la victime.

- les peines privées peuvent-elles frapper les victimes (en cas de faute de la victime) ?

La victime qui a contribué par sa faute à la réalisation du dommage voit son indemnisation réduite à concurrence de la participation de sa faute dans la réalisation du dommage. Dès lors qu'elle est victime, elle ne peut toutefois se voir appliquer les autres peines privées.

- le préjudice demeure-t-il toujours une condition de la pénalité privée ou peut-il être indifférent ?

La peine privée est en principe destinée à réaliser la réparation du dommage ou à contribuer à cette réparation, de sorte qu'elle ne se conçoit pas en principe en l'absence de tout dommage.

Il en va toutefois différemment de la clause pénale. On peut de même laisser la question ouverte en ce qui concerne les dommages et intérêts évalués à la valeur symbolique de 1 Euro.

4) a) *Les peines privées et dommages-intérêts punitifs sont-ils prononcés dans le cadre de l'action en responsabilité civile ou sont-ils l'objet d'actions propres et distinctes ? Dans ce dernier cas, sont-ils prononcés par des juridictions spécialisées ou par des autorités administratives ?*

Les peines privées ne font pas l'objet d'actions ou de procédures spécifiques.

b) *Votre droit admet-il l'exercice d'action d'intérêt collectif*

(action associative, action de groupe ou diminutif, actions d'organismes publics) pour l'allocation de dommages-intérêts punitifs ou le prononcé de peines privées ?

Les actions d'intérêt collectif sont admises dans certains domaines (protection de l'environnement, protection des consommateurs) et sous certaines conditions, mais ces actions sont limitées à la prévention ou la cessation d'une situation précise et ne rentrent pas dans le cadre des actions à caractère punitif.

5) *Comment sont calculés les dommages-intérêts punitifs ?*

Les dommages et intérêts punitifs n'existent pas en tant que tels au Luxembourg. Cette question ne donne donc pas lieu à observation particulière.

6) *Le produit des condamnations profite-t-il toujours exclusivement à la victime ? Existe-t-il des procédés d'affectation des sommes versées aux victimes (notamment aux associations) ? Y a-t-il des cas où tout ou partie de la condamnation doit être versée à l'autorité publique ou à un fonds de garantie ?*

Les condamnations profitent toujours à la seule victime.

7) *Les condamnations à des peines privées ou à des dommages-intérêts punitifs sont-elles soumises à des garanties procédurales particulières protectrices des intérêts des responsables semblables à celles qui existent en droit pénal (droits de la défense, présomption d'innocence, interprétation stricte des textes d'incrimination, etc...) ? Le juge peut-il les prononcer d'office ?*

Les procédures à l'occasion desquelles des peines privées peuvent être prononcées sont toujours des procédures judiciaires devant les tribunaux soumises aux exigences fondamentales du procès équitable, du respect des droits de la défense et de l'égalité des armes, à l'instar de toute procédure judiciaire. Il n'existe pas de règles ou garanties particulières.

8) *Les dommages-intérêts punitifs sont-ils assurables ?*

Sous réserve le cas échéant de l'ordre public qui prohiberait la couverture de certains risques spécifiques pouvant induire des peines privées, aucune disposition légale n'interdit que des dommages et intérêts punitifs de nature à engendrer un risque financier dans le chef de l'assuré puissent faire l'objet d'une police d'assurance. Il semble que la question relève de la liberté contractuelle entre assureur et assuré.