

Le secteur des télécommunications : prétexte à voyage aux confins de la loi sur la réparation collective (livre XVII du CDE)

Thierry LÉONARD

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

1. Limites et objet de l'analyse. Commenter l'application sectorielle d'une procédure nouvelle et inédite, en l'absence de tout précédent, pose nécessairement question. On peut bien évidemment passer en revue chacune des dispositions applicables à l'action en réparation collective en tentant de l'exemplifier par une hypothèse factuelle issue du secteur des télécommunications. On décrit celui-ci en vue de découvrir des angles d'attaques futurs pour la nouvelle arme procédurale. Nous n'avons retenu aucune de ces deux approches.

Nous avons préféré prendre prétexte du secteur des télécommunications pour sonder les limites d'application de la nouvelle procédure. C'est que la procédure influe nécessairement sur le fond. Et que si les commentaires qui ont précédé se sont – de fort belle manière – focalisés sur l'aspect procédural¹, le terrain d'analyses des conditions de fonds de la réparation collective reste encore à travailler.

Nous avons dès lors recherché les points d'intersection entre la procédure et le champ de mise en œuvre de l'action en réparation collective, au départ de constatations factuelles issues du secteur des télécommunications. Ceux-ci apparaissent en confrontant la situation du secteur des télécommunications aux limites des champs personnel et matériel des dispositions du chapitre XVII du CDE consacrées à l'action en réparation collective.

¹ Voy. par exemple, B. ALLEMEERSCH et S. VOET, «De rechtsvoording tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten», *R.W.*, 2014-2015, pp. 643 à 661; É. BALATÉ, «De l'avocat et de l'action en réparation collective», *Pli jur.*, 2014, n° 30, pp. 4 à 8; 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, pp. 560 à 590; E. FALLA, «Recours collectif en droit de la consommation. Présentation de la loi belge», in *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 118 à 163; F. LONGUEUS, «De la class action dans le secteur des assurances à l'assurance de la class action», *Bull. ass.*, 2015, pp. 19 à 33; G. RENAULT et B. TOUSSAINT, «L'action en réparation collective appliquée aux produits bancaires, financiers et d'assurances», *Forum Financier/Droit bancaire et financier*, 2015/III, pp. 169 à 186; S. VOET, «Samen sterk: Belgische consumenten class action is een feit», *D.C.R.*, 2014, pp. 5 à 22; voy. aussi, A. DE BANDT, «La négociation et la médiation dans le cadre de l'action en réparation collective», *R.D.C.*, 2014, pp. 592 à 605.

Concernant ce secteur, on a eu égard aux activités d'opérateurs « classiques » fournisseurs de réseaux et/ou de services de communications électroniques², offrant dès lors aux consommateurs des services de détail fixe ou mobile (voix, internet, services de données) mais aussi de l'accès à la TV numérique et de la fourniture d'équipements (terminaux principalement).

2. Un double filtre comme fondement de l'analyse. Deux catégories de « filtres » issus de la loi paraissent pouvoir donner un sens à l'exercice projeté. Il faut pour s'en rendre compte rappeler succinctement les principes à la base la législation commentée (chapitre 1).

Le premier filtre découle directement du champ d'application personnel et matériel du texte légal. L'action n'est ouverte qu'aux consommateurs et seule la violation de certains textes légaux est sanctionnée par la réparation collective (chapitre 2).

La nouvelle loi est certes quasi totalement procédurale. Sur le fond, le droit commun de la responsabilité civile (art. 1382-1383 C. civ.) resterait d'application³. Pourtant des particularités dues à la procédure, forcent à remettre en cause certains principes de droit commun. Il en est ainsi notamment, de la notion de préjudice collectif ou de l'exigence d'efficacité. Partant, la conjonction de ces spécificités et de la condition générale de réparation comme but de l'action à tenter permettent de se doter d'un outil d'évaluation des possibilités de mise en œuvre de la nouvelle procédure en général, et dans le secteur des télécommunications en particulier (chapitre 3).

Chapitre 1

Rappel succinct du dispositif législatif

3. Champ d'application personnel et titulaires de l'action. L'action en réparation collective ne pourra être introduite qu'au bénéfice des consommateurs, personnes physiques, victimes de certains agissements d'entreprises, qui méconnaîtraient leurs obligations contractuelles ou leurs devoirs légaux ou réglementaires, tel qu'en dispose l'article XVII.36, 1^o, et 2^o, du CDE.

Les consommateurs doivent s'organiser en un « groupe » comprenant l'ensemble des consommateurs lésés à titre individuel par le préjudice collectif. Ils ne pourront agir que par le truchement d'un seul « représentant du groupe » qui n'est pas l'un d'eux (art. XVII.39 du CDE) mais qui peut être une association de défense des intérêts des consommateurs possédant la personnalité juridique, représentée au Conseil de la consommation.

² Au sens de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Pour de l'information récente sur ce secteur et les services offerts, consultez le document « Situation du secteur des communications électroniques 2014 », juillet 2015, disponible sur le site de l'IBPT, www.ibpt.be. Cf. *infra*, n° 15.

Ce représentant n'agit pas sur un mandat de chaque consommateur individuel. La participation de ces derniers à l'action – en tant que bénéficiaires de l'indemnisation finale – dépendra du système de représentation choisi par le juge lors de la phase de recevabilité. Sauf exception, ce dernier a en effet le choix entre un système d'inclusion (*opt-in*) ou d'exclusion (*opt-out*).

Le système d'exclusion (*opt-out*), est défini à l'article I.21, 4^o, du Code. Il implique que toutes les personnes visées par la définition du groupe seront prises en considération, à l'exclusion de celles qui auront manifesté leur volonté de ne pas en faire partie. Ce système paraît devoir s'imposer en cas de préjudice diffus (de faible valeur mais touchant un grand nombre de consommateurs) pour lequel il est peu probable que les consommateurs prennent la peine d'adhérer volontairement au groupe. On évaluera le préjudice collectif sur le nombre connu ou estimé de consommateurs lésés, sans qu'ils se soient signalés au préalable. Il suffira ensuite à ceux qui font objectivement partie du groupe (détenteurs du ticket d'achat, de la carte de fidélité, etc.) de se faire connaître selon les modalités prévues afin de bénéficier de l'indemnisation.

Le système d'inclusion (*opt-in*), visé par l'article I.21, 5^o, du CDE, implique quant à lui que seuls font partie du groupe les consommateurs lésés qui en ont manifesté la volonté. Ce système s'imposera lorsqu'il est quasi impossible d'identifier les membres du groupe ou lorsque la nature du dommage rend nécessaire l'intervention active des victimes pour son établissement et son évaluation.

4. Phases de la procédure. La procédure est rythmée par trois phases successives : la recevabilité et la négociation (1), le fond et la décision (2), et la liquidation (3). Il s'agit d'une procédure assez complexe et particulièrement lourde d'un point de vue administratif.

La première phase concerne la *recevabilité*. Pour être recevable, le préjudice collectif invoqué doit trouver son origine dans une « cause commune » issue d'une violation potentielle par l'entreprise d'une de ses obligations contractuelles à l'égard des consommateurs du groupe (art. I.21, 1^o, du CDE) ou d'une norme européenne ou belge – spécialement visée par le texte de loi – et qui s'imposait à elle dans son activité (art. XVII.36, 1^o, du CDE).

Le juge vérifie les conditions de recevabilité spécifiques à l'action (art. XVII.43, § 2, du CDE). Outre que la cause invoquée doit constituer une violation potentielle des règles précitées, il vérifie la qualité du représentant du groupe mais aussi que le recours à une action en réparation collective paraît plus « efficace » qu'une action en droit commun. Il s'agit en quelque sorte de jauger l'intérêt du groupe à l'action. La taille du groupe, le caractère plus ou moins individualisable des dommages mais aussi la complexité de l'action et la sécurité juridique seront pris en considération.

Si le juge autorise l'action, il prend une décision qui, notamment, décrit le préjudice collectif en cause, le système d'option applicable et les délais laissés

aux consommateurs pour l'exercer (entre trente jours et trois mois) après l'adoption de mesures spéciales de publicité (Moniteur belge, site web du SPF économie) (art. XVII.43, § 2, et § 3, du CDE). Il donne également une description du groupe et identifie son représentant (art. XVII.43, § 2, 4^o et 5^o, du CDE). Il impose aussi aux parties un délai pour tenter de négocier un accord amiable (entre trois et six mois) qui devra ensuite, le cas échéant, faire l'objet d'une homologation par le juge (art. XVII.43, § 2, 8^o, du CDE). Ni la conclusion de l'accord, ni son homologation n'emportent reconnaissance de responsabilité ou de culpabilité pour le défendeur (art. XVII.46 et XVII.51 du CDE). Il est aussi à noter que les parties peuvent, préalablement à toute saisine du juge, négocier un tel accord et en obtenir ensuite l'homologation par le juge (art. XVII.45 et s. du CDE).

La *seconde phase* concerne le *contentieux au fond*. S'il n'y a pas d'accord ou que l'homologation est refusée, le juge convoque les parties et débute la phase contentieuse au fond. Le juge détermine les délais de mise en état (art. XVII.53 du CDE).

Sa décision porte d'abord sur la responsabilité du défendeur, en application des règles de droit commun. S'il conclut à l'existence d'un devoir de réparation, il rendra une décision qui devra contenir toutes les mentions visées par la loi (art. XVII.54 du CDE). Celle-ci devra notamment détailler le préjudice collectif retenu, tout en estimant de manière aussi précise que possible le nombre de consommateurs concernés. Elle précisera aussi les modalités et le montant de la réparation. Si elle a lieu par équivalent (dommages et intérêts), le juge peut soit fixer un montant global d'indemnité à partager entre les membres du groupe soit un montant individualisé dû à chaque consommateur qui se déclarera.

La *troisième* et dernière *phase* a trait à l'*exécution de la décision sur le fond (ou de l'accord dûment homologué)*. Le juge désignera alors un liquidateur sur une liste tenue par la juridiction compétente pour connaître de l'action (art. XVII.54, § 2, du CDE).

Sa première tâche sera de dresser – contradictoirement – la liste des membres du groupe désirant obtenir réparation (art. XVII.58, § 1^{er}, du CDE). Il contrôlera ensuite l'exécution concrète du devoir de réparation telle que circonscrite par le juge dans sa décision au fond ou dans l'accord qu'il aura homologué (art. XVII.59 du CDE).

Chapitre 2

Le premier filtre : les limites du champ d'application de la loi

5. **L'exigence d'un rapport B2C.** Il découle tant de la composition de groupes à constituer⁴ que, dans une moindre mesure, du choix des législations à la base des potentielles causes communes, que l'action n'est ouverte qu'aux consommateurs dans des litiges dits de « consommation ».

La réparation collective vise donc des litiges entre une « entreprise »⁵ et le « consommateur » au sens des articles I.1 et I.2 du CDE⁶. Cette limitation empêche donc que dans le secteur des télécommunications, une action soit intentée par un groupe d'« utilisateurs » ou « d'utilisateurs finals » au sens de l'article 2, 12^o, et 13^o, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, bénéficiaires de nombreux devoirs légaux, s'ils ne peuvent être qualifiés de consommateurs. Ces notions sont en effet beaucoup plus large que celle de consommateur au sens du CDE.

La loi ne dit cependant pas s'il peut s'agir de plusieurs entreprises distinctes et si, oui, dans quelle mesure ces dernières doivent être liées entre elles ainsi qu'au groupe de consommateurs.

6. **La problématique des intermédiaires et les interrogations qu'elle suscite.** Le secteur des télécoms se caractérise – comme d'autres – par l'intervention d'intermédiaires dans le processus de vente du produit final aux consommateurs. Les grands opérateurs offrent leurs services par différents réseaux de distribution (bouquins des opérateurs, distributeurs agréés, etc.) Leur statut est variable.

On pense *a priori* aux ventes de biens (appareils terminaux, accessoires, etc.) que l'on oppose aux services d'accès (téléphonie fixe, mobile, large bande fixe etc.). Même si, dans ce dernier cas, l'intermédiation existe aussi (par exemple

⁴ Cf. art. XVII.8 du CDE.

⁵ Sur la question de savoir si l'action en réparation collective pourrait être introduite contre des associations professionnelles ou un régulateur, voy. F. LONGCHÉ, « De la class action dans le secteur des assurances à l'assurance de la class action », *op. cit.*, pp. 22 et 23.

⁶ Sur ces dispositions, voy. not., Y. DE COROT, C. DELPORE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POUILLÉ, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 51 et s. et pp. 509 et s.

⁷ « "utilisateur" : une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public ».

⁸ « "utilisateur final" : un utilisateur qui ne fournit pas de réseau public de communications électroniques ou de services de communication électroniques accessibles au public ».

l'offre de services mobiles par un MVNO⁹. Notez aussi que les offres conjointes aux consommateurs sont légions¹⁰.

De plus en plus également, les opérateurs offrent des services accessoires à des solutions plus globales (par exemple, les transmissions de données et leur stockage dans un service de paiement mobile). Intervenant ainsi dans le processus de traitement de données, ils pourraient voir leur responsabilité également engagée aux côtés du prestataire de service principal, par exemple en cas de violation des règles de sécurité issues de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection des données.

Une première interrogation est alors de savoir si l'on peut intenter l'action en réparation collective contre plusieurs entreprises défenderesses : tant, par exemple, contre le fournisseur originaire que contre un ou plusieurs vendeurs intermédiaires. Il pourrait s'agir d'un producteur de terminal GSM et d'un revendeur – ou de tous les revendeurs d'un réseau – pour un défaut du produit imputable au producteur, lié à un défaut d'information du revendeur ou du non-respect par ce dernier d'une obligation de garantie contractuelle. On peut également penser à des situations où on ne peut identifier directement les responsables – une expertise est nécessaire pour déterminer la source d'un défaut de sécurité – et où on introduit l'action tant contre le producteur du terminal que contre le fournisseur d'accès internet et le prestataire d'un service de cloud. Accessoirement, on peut également s'interroger sur la possibilité pour l'entrepreneur de défense d'appeler à la cause des tiers n'ayant, le cas échéant, aucun devoir d'indemnisation à l'égard du groupe, mais pouvant être reconnus comme débiteurs de tout ou partie des sommes auxquelles elle risque d'être condamnée.

La seconde question serait la conséquence d'une réponse positive à la première question : la cause « commune » peut-elle se traduire par la violation de différentes règles s'imposant à différents défendeurs ?

7. La pluralité des défendeurs à l'origine du préjudice collectif : un point oublié par le législateur ? Le texte de loi vise clairement une – et une seule – entreprise comme défendeur à l'action¹¹, ce dernier étant du reste toujours visé également au singulier par le texte. Une lecture attentive des travaux préparatoires n'apporte pas d'information décisive : le défendeur – l'entreprise –

est quasiment toujours perçu comme étant une seule personne ou entité¹². Les exemples d'application de la future action ne visent jamais plus d'une entreprise défenderesse. La notion d'entreprise ne paraît pas non plus pouvoir être comprise au sens de plusieurs personnes physiques ou morales.

Ces arguments de « pur texte » sont-ils suffisants pour invalider toute action introduite à l'encontre de plusieurs entreprises ?

Nous ne le pensons pas¹³.

Les litiges en responsabilité civile – individuels ou collectifs – se caractérisent presque par nature, par l'intervention en procédure de nombreux tiers (assureurs, sous-traitants, appelés en garantie, etc.). Il est souvent impossible de déterminer les responsabilités de chacun en début de procédure et il faut souvent une expertise préalable pour y arriver. Priver *a priori* l'action en responsabilité collective de la possibilité de conduire de telles actions – certes plus complexes – priverait d'emblée celle-ci de toute utilité dans un nombre important de cas d'application bénéfique pour les consommateurs. Il faudra par contre que tous les défendeurs aient bien entendu la qualité d'entreprise et, à notre avis, qu'ils soient liés par une cause commune¹⁴.

Techniquement, aucune caractéristique de l'action collective ne s'oppose *a priori* à l'existence d'une pluralité de défendeurs, le Code judiciaire restant d'application de manière supplétive et organisant par différents mécanismes l'intervention de tiers dans la procédure. L'article XVII.66 du CDE paraît aller dans le même sens puisqu'il interdit seulement la jonction par connexité entre une demande en réparation collective et une demande en réparation individuelle. *A contrario*, une jonction est par exemple possible entre deux demandes en réparation collective dirigée contre des défendeurs différents.

8. Communauté de cause n'est pas violation conjointe des mêmes devoirs légaux ou conventionnels. La seule réserve quant à l'introduction d'une demande dirigée vers différentes entreprises tient au fait que la cause doit être commune aux diverses demandes d'indemnisation.

Les demandes introduites contre une pluralité de défendeurs ne peuvent selon nous aller à l'encontre des caractéristiques essentielles de l'action en réparation collective.

L'objet de l'action vise la réparation subie par un groupe de consommateurs du fait de l'existence d'un dommage trouvant son origine dans une « cause commune ». La notion de « cause commune » n'est cependant pas définie et apparaît seulement au travers de la définition du préjudice collectif constitué de :

⁹ Mobile Virtual Network Operator, lesquels peuvent souvent offrir leurs propres services mobiles via le réseau d'un opérateur mobile existant, certains se contentant de mettre sur le marché les services mobiles d'autrui.

¹⁰ Selon un rapport de l'IBPT, la pénétration des offres conjointes de services de télécommunications atteint 68,4 % de la population (« Situation du secteur des communications électroniques 2014 », juillet 2015, disponible sur www.ibpt.be, p. 38).

¹¹ Voy, par exemple, l'article XVII.36 qui, au titre de condition de recevabilité de l'action, prévoit que « la cause invoquée constitue une violation potentielle par l'entreprise d'une des obligations [...] ». Nous soulignons.

¹² Cf. néanmoins projet de loi visant à introduire une forme d'action collective en droit belge. Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. rept., 2013-2014, n° 53-3300/01, p. 70, où le terme « défendeurs » est visé au pluriel.

¹³ Dans le même sens, F. DAVIS, E. FAULA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la Loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 388.

¹⁴ Voy, *infra*, n° 9.

« l'ensemble des dommages individuels ayant une *cause commune* subis par les membres d'un groupe » (art. I.21, 1°). Il découle cependant de l'article XVII.36 du CDE que la cause invoquée doit aussi constituer « une violation potentielle par l'entreprise d'une de ses obligations contractuelles, d'un des règlements européens ou d'une des lois visées à l'article XVII.37 ou de leurs arrêtés d'exécution ». Enfin, l'article XVII.38 du CDE indique que le groupe « est composé par l'ensemble des consommateurs qui, à titre individuel, sont lésés par une *cause commune* [...] ».

On en déduit que la cause commune vise en réalité le « fait générateur commun »¹⁵, c'est-à-dire le comportement factuel de l'entreprise à la source des préjudices dont se plaint le groupe de consommateurs.

Un même fait générateur peut être la source de la violation de divers devoirs légaux et/ou contractuels. La cause est commune, seule sa qualification juridique change. On ne voit dès lors pas de difficultés à introduire une action en réparation collective contre plusieurs entreprises ayant conjointement participé à un fait générateur commun, les actes de chacun donnant lieu à une qualification juridique spécifique et à la violation de dispositions légales en tout ou partie distincte.

9. L'exigence d'une cause commune pourrait parfois exclure la pluralité de demandes. Peut-on cependant imaginer qu'une même procédure en réparation collective vise la réparation de différents préjudices collectifs, c'est-à-dire de différents ensembles de dommages provoqués par différentes causes communes ou comportements ? Ainsi, différents groupes de consommateurs pourraient-ils introduire l'action en réparation collective en se plaignant de différents dommages dus à différents comportements d'une ou plusieurs entreprises ? : un opérateur télécom n'offre pas la vitesse de connexion annoncée à ses clients¹⁶ et utilise leurs données de consommation pour des finalités en contradiction avec la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée avec la complicité du tiers bénéficiaire des données en vue de réaliser du profilage de clientèle.

La réponse nous semble devoir être prudente.

¹⁵ Pour reprendre l'expression de l'exposé des motifs (p. 7) : « l'action collective elle, va offrir une réponse structurelle à la réparation du préjudice subi par un groupe de consommateurs qui trouve sa cause dans un fait générateur commun ». Voy. aussi, la réponse du ministre à une question parlementaire concernant l'absence de définition de celle-ci et qui indique que « la notion de cause commune renvoie au "fait qui est à l'origine du dommage ayant préjudicié plusieurs consommateurs" » (Projet de loi visant à introduire une forme d'action collective en droit belge, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3300/04, p. 27).

¹⁶ La divergence entre la vitesse de connexion internet annoncée et la vitesse réelle semble intéresser fortement Test-Achats qui propose actuellement sur son site un test et en appelle aux consommateurs afin qu'ils demandent une compensation aux opérateurs (voy. <http://www.test-achats.be/vitesse-internet/>). De même concernant la capacité de stockage des smartphones, différente de celle annoncée par les producteurs, Test-Achats propose ici de tester les smartphones en ligne sur son site.

On l'a vu, le législateur n'a pas exclu la jonction pour connexité entre deux demandes en réparation collective. Cela semble vouloir dire qu'*a priori*, rien n'empêche que des demandes ayant des causes communes distinctes soient introduites en même temps devant la même juridiction à l'encontre d'un même défendeur. Encore faut-il alors que les conditions de la jonction – dont le risque de prises de décisions inconciliables – soient remplies dans chaque espèce, ce qui est improbable si les faits générateurs de responsabilité sont distincts par hypothèse.

Il nous semble cependant que l'économie générale de la loi et du système repose essentiellement sur le concept de « cause commune » qui génère à la fois l'identification tant du ou des défendeurs à l'action – celui qui pose ou participe au comportement générateur de responsabilité –, que des demandeurs rassemblés au sein d'un groupe – c'est-à-dire l'ensemble des consommateurs lésés par une « cause commune » – que la source « commune » des dommages dont le groupe demande réparation. Admettre des demandes distinctes dans la même instance, fut-ce contre les mêmes défendeurs, risque de provoquer une perte d'efficacité importante en démultipliant les tâches à mener parallèlement dans une procédure déjà très lourde, notamment pour les greffes.

C'est pourquoi nous pensons qu'à défaut de trouver là une cause classique d'irrecevabilité de l'action, la juridiction saisie de l'action en réparation collective pourrait toujours la déclarer irrecevable dès lors qu'elle n'apparaîtrait plus comme suffisamment efficiente par rapport à l'introduction d'actions de droit commun.

L'exigence de la cause commune pourrait également permettre de s'opposer à certaines demandes d'interventions de tiers en vue de résoudre un litige propre au défendeur mais ne présentant pas de lien direct avec la demande de réparation du groupe. On pense par exemple à un appel en garantie d'un intervenant contre qui le consommateur n'a pas d'action directe ou d'une compagne d'assurance en contrat avec l'entreprise défenderesse. Outre des difficultés dans la phase préalable, introduire un débat spécifique entre le défendeur et une autre partie qui ne présente pas de lien direct ou ne peut influencer de quelconque manière la demande principale du groupe paraît pour le moins inopportun dans le cadre très spécifique de l'action en réparation collective¹⁷.

Il nous paraît que le caractère exclusif et restrictif de la compétence matérielle exercée par les juridictions bruxelloises pourrait fonder une exception d'incompétence concernant de telles demandes si celles-ci s'écartent trop de la demande principale du litige¹⁸. Cela sera notamment le cas lorsque la base de mise en cause du tiers est sans lien avec la cause commune à la base de l'action principale c'est-à-dire si l'intervention ou la mise en cause se fonde sur un fait

¹⁷ G. RENIER et B. TOUSSAINT, « L'action en réparation collective appliquée aux produits bancaires, financiers et d'assurances », *op. cit.*, p. 182.

¹⁸ Sur ce point, voy. *infra* n° 18.

générateur indépendant de celle-ci. Par exemple, l'assureur refuse *a priori* de couvrir en vertu d'une clause spécifique contestée de la police.

10. La limitation générale des qualifications des causes communes. On ne peut introduire une action en réparation collective pour toute faute commise par l'entreprise défenderesse. L'article XVII.36, 1^o, impose comme condition de recevabilité une violation par l'entreprise défenderesse de ses obligations contractuelles ou de devoirs issus de règlements européens, lois ou de leurs arrêtés d'exécution.

Le champ d'application matérielle de la loi est donc limité. L'exemple le plus évident est qu'il ne sera pas possible d'introduire une action sur les seuls articles 1382 et 1383 du Code civil afin d'obtenir la réparation d'un dommage qui serait la suite de la violation d'une règle de prudence et de précaution. Notons d'emblée que le texte est par contre sans limites *a priori* concernant les actions en responsabilité contractuelle. Toute violation d'une obligation contractuelle au préjudice du co-contractant consommateur peut ouvrir la voie à l'action en réparation collective.

11. La conséquence immédiate des qualifications des causes communes : une large exclusion du contentieux précontractuel. Il en découle néanmoins une conséquence importante en termes de champ d'application de la loi : le contentieux précontractuel échappe largement à l'action collective à défaut de pouvoir se doubler d'une violation d'un texte spécifique repris à l'article XVII.39.

Ainsi en irait-il d'une *culpa in contrahendo* intervenant dans la phase précontractuelle. On peut imaginer ici un défaut d'information ou une mauvaise information concernant la capacité de stockage d'un service cloud ou la vitesse d'une connexion liée à un abonnement ne remplissant pas toutes les conditions strictes d'une information trompeuse au sens des articles VI.97 et VI.98 du CDE.

Rappelons en effet que l'obligation générale d'information est une application particulière du principe de bonne foi, contenu à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Il transcende néanmoins le seul champ contractuel et régit également la phase préalable au contrat. La violation d'un tel devoir dans la phase précontractuelle est qualifiée de *faute extracontractuelle* et est sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts, de *manière complémentaire* à une annulation pour erreur ou pour dol, à la place d'une annulation pour dol («dol incident») ou *indépendamment* même de tout vice de consentement¹⁹. Comme le souligne Étienne Montero, «le principe est appliqué avec une rigueur particulière en matière [...] de produits de haute technicité, afin de compenser l'inégalité entre le vendeur et l'acheteur moyen sur le plan des connaissances techniques»²⁰.

¹⁹ Sur ces différentes possibilités, voy. E. MONTERO, «Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels», in F. GLANDORFF (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 320, n° 12.

²⁰ *Ibid.*, p. 311, n° 1.

La violation des articles 1382 et 1383 du Code civil n'est pas reprise dans la liste des violations légales ouvrant la voie à l'action en réparation collective, ce qui exclurait la seule violation dudit devoir d'information²¹.

Un raisonnement analogue peut être tenu concernant les vices de consentement (dol, erreur et violence). En outre, la sanction principale d'un vice de consentement, à savoir la nullité, n'est pas à proprement parler une sanction de réparation pouvant se réduire à une application du droit commun de la responsabilité contractuelle²².

Pour autant que l'on y voie une forme de réparation, celle-ci ne pourrait être qu'extracontractuelle puisque le vice précède la conclusion du contrat²³. Partant et si aucune des règles visées à l'article XVII.37 n'est en l'espèce visée concomitamment, l'action paraît bien hors champ de l'action en réparation collective.

12. Limitations particulières issues du droit des contrats. On sait aussi que le droit commun de la responsabilité reste en principe d'application. L'entreprise ne manquera donc pas d'opposer au groupe ses clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité contractuelle dont on sait, en pratique, que la validité est souvent questionable. Certaines entreprises – le secteur des télécommunications n'y échappe pas – imposent en effet des clauses critiques permettant de faire taire une contestation, au vu de l'ignorance des consommateurs et du caractère totalement improbable d'une action en responsabilité introduite par consommateur individuel. Le droit commun des obligations, couplé à l'interdiction des clauses abusives intégrée dans le livre VI du CDE, permettra néanmoins de s'opposer avec succès à ce type de clause.

Reste aussi un autre type de problème qui paraît moins évident *a priori* mais qui risque bien d'apparaître. Dans certaines matières, les devoirs légaux sont contractualisés par les entreprises de sorte qu'elles bénéficient des clauses d'exonération de responsabilité prévues dans le même temps par les conditions générales applicables. On pense par exemple à tous les devoirs d'information découlant de la loi sur la protection des données (loi du 8 décembre 1992).

Il faudra alors scruter les dispositions applicables afin de déterminer leur portée exacte. Les interrogations sont nombreuses : les clauses d'information de ce type doivent-elles vraiment être considérées comme de nature contractuelle alors même qu'elles ne nécessitent normalement pas le consentement des parties pour s'imposer ? Mais cette contractualisation n'est-elle pas inévitable dès lors qu'elle contient parfois une autorisation du client concernant certaines

²¹ Pour un même constat, B. ALTEMEERSCH et S. VOET, «De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten», *op. cit.*, p. 647, n° 8 *in fine*.

²² Sur ce point, voy. *infra* n° 25.

²³ Le constat ne fait guère de doute en droit positif (R. JAFFEREAU, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 783, n° 336 et s., où l'auteur défend cependant, en justifiant de sa position essuée, pourquoi il considère que la responsabilité après nullité relève de la responsabilité contractuelle).

utilisations de données dans le cadre de la relation contractuelle²⁴? Si pas, peut-on considérer que la responsabilité extracontractuelle de l'entreprise est également visée par la clause d'exonération? Le caractère d'ordre public de certaines dispositions – nous sommes en matière de protection de droits fondamentaux – ne s'oppose-t-il pas à la validité de telles clauses?

13. Limitations issues de la liste des textes légaux et réglementaires.

La faute de l'entreprise défenderesse doit trouver sa source dans une violation d'un devoir prenant sa source dans un texte visé par la loi en son article XVII.37. Plus précisément, les obligations légales ou réglementaires sont celles qui figurent dans l'un des 39 textes normatifs tirés du droit de l'Union ou de la législation fédérale belge, en ce compris les arrêts d'exécution éventuels (et visant, totalement ou partiellement, à protéger le consommateur).

Le secteur des télécommunications apparaît, à la lueur de cette liste, comme un des secteurs potentiellement exposé aux actions en réparation collective dès lors que diverses législations reprises sont essentielles pour son activité.

Il y a d'abord plusieurs livres issus du CDE.

Une violation du *droit de la concurrence* – qui fait l'objet du livre IV – peut évidemment servir de fondement à une action contre le secteur. On pense par exemple à une entente illicite ou un abus de position dominante ayant pour conséquence un surcoût payé par le consommateur final. On renvoie ici à l'exposé spécifique sur le sujet.

Les règles relatives à la protection des consommateurs sont primordiales pour les ventes de produits et services B2C dans le secteur des télécommunications. Le livre VI du CDE *sur les pratiques du marché et la protection des consommateurs* est d'application constante dans ce secteur. La violation de différents groupes de dispositions peut servir de fondement à une action en réparation collective : les devoirs divers d'information (qu'ils soient généraux – sur les prix, les qualités du produit²⁵ – ou spécifiques – par exemple l'information préalable à la conclusion d'un contrat à distance²⁶, etc.), les dispositions interdisant les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (par exemple, l'interdiction des publicités trompeuses²⁷), les dispositions particulières aux contrats à distance, le régime des clauses abusives mais pourquoi pas également les dispositions sur l'émission et le remboursement de monnaie électronique en cas d'offres de contenus numériques en ligne²⁸, etc.

Certains services étant accessibles en ligne (recharges *prépayé*, achats de terminaux mobiles liés à des abonnements, etc.) et les opérateurs communiquant

²⁴ Par exemple, l'autorisation de traiter et d'utiliser une adresse email ou un numéro de téléphone à des fins de marketing ou de voir sa conversation téléphonique avec l'opérateur interceptée par des consultants de l'opérateur.

²⁵ Voy. par exemple, art. VI.2 à VI.7 du CDE.

²⁶ Voy. par exemple, art. VI.45, qui prévoit pas moins de 20 informations distinctes.

²⁷ Voy. art. VI.93 et s. du CDE.

²⁸ Voy. art. VII.60 et s. du CDE.

largement avec leurs clientes et prospects par voie électronique, ils sont confrontés régulièrement au livre XII relatif au *droit de l'économie électronique*. Pour rappel, ce livre comprend essentiellement les dispositions de l'ancienne loi dite «e-commerce» prévoyant entre autres, des devoirs spécifiques d'information et de transparence dans le cadre d'une passation de commande²⁹, des règles relatives à la publicité³⁰, notamment par courrier électronique et le régime d'exonération, condition de responsabilité des prestataires internet³¹, dont bénéficient le cas échéant les opérateurs de télécommunication. Une loi essentielle dans le secteur des télécommunications souvent applicable dans le rapport avec les consommateurs est la loi du 13 juin 2005 *sur les communications électroniques*, spécialement son chapitre III du titre IV (protection des intérêts de la société et des utilisateurs) relatif à la protection des utilisateurs finals. On a vu qu'elle présentait néanmoins une difficulté potentielle de qualification des participants au groupe demandeur du fait d'un champ d'application personnel plus large que la notion de consommateur au sens du livre XVII du CDE.

Là aussi, on retrouve des devoirs généraux d'informations très étendus concernant notamment les services fournis, les tarifs ou la durée des contrats ou le type de mesure qu'est susceptible de prendre l'entreprise afin de réagir à un incident de sécurité ou d'intégrité³². La loi sur les communications électroniques prévoit également des règles spécifiques d'information³³ mais aussi des règles contractuelles particulières (concernant les remplacements de contrats, la modification d'une clause du contrat comprenant par exemple, une hausse tarifaire³⁴ ou des règles concernant la résiliation du contrat³⁵ ou le passage d'un opérateur à un autre³⁶), mais aussi concernant la facture³⁷, la sécurité des réseaux³⁸ ou encore le secret des télécommunications et la protection des données à caractère personnel³⁹.

Le secteur des télécommunications est doté d'un régulateur – l'Institut belge des postes et des télécommunications (IBPT) – doté de larges compétences, lui permettant également d'imposer certaines règles obligatoires aux acteurs du secteur. Les règles imposées par l'IBPT aux opérateurs ne sont pas visées telles

²⁹ Voy. par exemple, art. XII.6 et s. du CDE.

³⁰ Voy. art. XII.12 et s. du CDE.

³¹ Voy. art. XII.17 à XII.20 du CDE.

³² Voy. par exemple, art. 108, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques.

³³ Voy. par exemple, art. 111 de la loi sur les communications électroniques concernant la publication d'informations spécifiques par plan tarifaire ou art. 112 et s. concernant des informations sur la sécurité et la qualité des réseaux.

³⁴ Voy. par exemple, art. 108, § 1^{er}/1, § 2, et § 3, de la loi sur les communications électroniques.

³⁵ Voy. par exemple, art. 111/3 de la loi sur les communications électroniques.

³⁶ Voy. par exemple, art. 111/2 de la loi sur les communications électroniques.

³⁷ Voy. par exemple, art. 110 de la loi sur les communications électroniques.

³⁸ Voy. par exemple, art. 114 et 114/1 de la loi sur les communications électroniques.

³⁹ Voy. art. 122 et s. de la loi sur les communications électroniques.

quelles par l'article XVII.37 et sont donc *a priori* exclues du champ d'application de l'action en réparation collective. Cela étant dit, la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques détermine le cadre réglementaire et pourrait éventuellement servir d'assise à une action en réparation collective dès lors que la violation des règles imposées par l'IBPT impliquerait une violation d'une de ses dispositions⁴⁰.

La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel est une des législations dont la violation peut ouvrir la voie à l'action en réparation collective. Cette dernière, couplée aux dispositions spécifiques à la protection des données contenues dans la loi sur les communications électroniques, est essentielle pour un secteur qui traite une quantité très importante de données générées par l'utilisation des services offerts (téléphone fixe, mobile, accès internet, etc.). Les dispositions relatives à la sécurité des données et à la protection de leur confidentialité deviennent également essentielles dans un contexte de prise de conscience des failles de sécurité intrinsèques aux réseaux de communication et aux services offerts par le biais de ceux-ci. Rappelons que cette matière est à la veille d'un renforcement drastique des obligations pesant sur les opérateurs et autres prestataires de services de télécommunications du fait de l'adoption imminente d'un nouveau règlement européen en la matière⁴¹.

Chapitre 3

Le second filtre : les obstacles intrinsèques à l'action

Section 1

Introduction

14. L'identification de trois obstacles à la mise en œuvre de l'action.
Au vu des multiples possibilités de griefs envisageables dans le secteur analysé, il nous est apparu nécessaire de se doter d'un outil théorique d'évaluation de mise en œuvre de la procédure de réparation collective à son encontre. Nous sommes parti pour ce faire de trois obstacles issus de particularités de cette procédure.

Le premier obstacle provient d'une exigence spécifique de la recevabilité de l'action : le recours à l'action collective doit être considéré par le juge comme plus « efficient » que des actions individuelles.

⁴⁰ Voy, par exemple, l'article 114/1, § 4, qui charge l'IBPT d'adopter des instructions en matière de notification de violations de données à caractère personnel et dont il résulte que les entreprises visées y seront soumises étant entendu que l'article 114/2, § 1^{er}, indique que l'IBPT a le pouvoir de donner des instructions contraignantes en la matière.

⁴¹ Texte disponible dans sa version du 11 juin 2015 sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/fr/pdf>.

Le second obstacle est issu de l'exigence d'un « préjudice collectif » dont doit exciper le groupe de consommateurs, en lien causal avec la cause commune de l'action. Des lors que ces deux premiers obstacles nous semblent avoir des implications communes en termes d'exigence de dommage réparable, nous les traiterons ensemble ci-après (section 2).

Le troisième obstacle provient du fait que l'action collective ne vise que la réparation du préjudice, à l'exclusion de toute autre forme de sanction. Nous verrons que cette constatation fait barrière à un grand nombre de demandes sanctionnant une violation d'un contrat à défaut d'avoir pour objet l'indemnisation d'un dommage (section 3).

Auparavant, il convient cependant de rappeler le principe d'application du droit commun de la responsabilité civile en la matière.

15. L'application du droit commun de la responsabilité civile comme principe de base en la matière. Les travaux parlementaires sont très clairs : « il n'est pas question de déroger au fondement du droit de la responsabilité civile »⁴². Il en résulte que les conditions de la responsabilité civile de droit commun sont applicables à l'action en réparation collective, sauf dérogation expresse de la loi⁴³. Le groupe demandeur à l'action devra donc rapporter la preuve d'une faute, d'un dommage et du lien causal entre ceux-ci sous réserve des faits justificatifs et causes exonératoires.

La volonté de ne pas déroger au droit commun paraît principalement guidée par la volonté d'éviter l'introduction d'actions collectives « irreflexibles » et le refus d'admettre en droit belge des « dommages punitifs »⁴⁴, dont l'admission expliquerait les montants parfois astronomiques obtenus dans des *class actions* à l'américaine. L'objectif de l'action doit rester la réparation intégrale du préjudice collectif subi par le groupe⁴⁵.

Dès lors, l'affirmation d'une application pleine et entière du droit commun de la responsabilité implique nécessairement l'émergence de certains obstacles à la nouvelle action collective, issus des conditions d'application de ce droit commun.

Les difficultés ne devraient pas venir du côté de la faute. Il s'agira soit d'appliquer le droit commun, soit un des régimes de responsabilité dérogatoires de droit commun qui seraient prévus par une législation visée par l'article XVII.37.

⁴² Proposition de loi visant à introduire une forme d'action collective en droit belge. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3300/04, p. 30. Voy. aussi, exposé des motifs, pp. 15, 37 et 38.

⁴³ Pour un constat identique, voy. F. DAVIS, 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.

⁴⁴ Proposition de loi visant à introduire une forme d'action collective en droit belge. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3300/04, pp. 25 et 30. Sur cette problématique en droit belge, voy. « Punitives damages in het buitencantractueel aansprakelijkheidsrecht », *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, pp. 426 à 448.

⁴⁵ « L'action en réparation collective vise avant tout l'indemnisation aussi intégrale que possible du dommage subi du groupe de consommateurs. L'accent est moins mis sur la faute de l'entreprise que sur la nécessité de réparer le dommage collectif » (*Ibid.*, p. 30).

Ainsi, diverses formes de responsabilités plus objectives, dérogeant peu ou prou à l'exigence de faute, sont contenues, par exemple, en matière de propriété intellectuelle⁴⁶, par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée ou encore, de manière plus évidente, par la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Dès lors qu'elles sont expressément visées, il paraît normal de faire bénéficier aux consommateurs de la facilité des régimes dérogatoires de responsabilité que ces législations mettent en place.

Les conditions de dommage, de lien causal mais aussi de la finalité de réparation de l'action, s'avèrent par contre plus problématiques.

16. Peu de dérogations exprès au droit commun de la responsabilité prévue par la loi. Pierre Van Ommeslaghe a relevé avec raison – avant le vote de la loi – de nombreux problèmes apparaissant lorsqu'il s'agit de réparer le dommage individuel des membres du groupe, au regard des exigences du droit commun de la responsabilité.

Tant l'application du principe de la primauté de la réparation en nature, que celui de la réparation intégrale du dommage, de l'adaptation de l'évolution du dommage dans le temps ou encore la réparation du préjudice par répercussion, la perte d'une chance et le partage de responsabilité entre l'entreprise et victimes fautes risquent de poser d'inextricables difficultés dans le cadre d'une action en réparation collective, spécialement dans l'*opt-out*⁴⁷.

La loi n'a pratiquement apporté aucune solution par la voie de règles particulières alors que des adaptations du droit commun étaient souhaitables voire nécessaires⁴⁸. Elle paraît laisser le soin aux juges de s'adapter et de trouver des solutions⁴⁹. Si la perspective de solutions souples et créatives au fil des espèces présente assurément des avantages, elle risque surtout de bloquer et d'empoisonner les – premières? – affaires soumises au juge, sans parler de l'insécurité juridique que cela implique au moment d'envisager les diverses actions possibles.

En effet, le non-respect du droit commun de la responsabilité – dont on a souligné avec force sa nécessaire application dans le cadre de la procédure en réparation collective – risque d'invalidier les solutions prétoriennes qui s'en écarteraient dans le cadre de l'application de la loi, à défaut de dérogations claires dans celle-ci.

⁴⁶ Art. XL335 du CDE.

⁴⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « Une class action en droit belge? Et le droit des obligations? », in *Liber Amicorum François Clément-Doff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 433.

⁴⁸ Pierre Van Ommeslaghe en appelleit judiciairement à l'intervention du législateur en mettant en garde contre les conséquences de l'absence d'une telle intervention (P. VAN OMMESLAGHE, « Une class action en droit belge? Et le droit des obligations? », *op. cit.*, pp. 437 et 438).

⁴⁹ C'était en effet une des deux options laissées au législateur (voy. C. BORMAN, « De la réparation du dommage dans l'hypothèse de l'introduction en droit belge d'une action collective de type opt-out: importation du modèle québécois? », R.G.A.R., 2013, n° 14934, pp. 9 et 10).

En outre, si ces principes apparaissent d'emblée comme posant difficultés, la procédure en réparation collective pourra aussi être considérée par le juge comme non efficiente par rapport à des actions individuelles de droit commun puisqu'elle risque de ne pas mener à la détermination d'un dommage réparable en vertu du droit commun de la responsabilité.

Mis à part les nouveaux concepts de préjudice collectif et de cause commune, on peine à distinguer de franchises remises en question des principes du droit commun de la responsabilité civile dans le texte de loi finalement voté et actuellement en vigueur. Ce droit commun s'impose donc par principe, les règles qu'il comprend fussent-elles difficilement applicables, voire impossibles à appliquer dans le cadre de l'action en réparation collective.

Une dérogation semble cependant bien apparaître à l'article XVII.54, § 1^{er}, 7^o, du CDE, en application duquel le juge peut, en cas de réparation par équivalent, opter pour une approche globale en fixant un montant global d'indemnité pour le groupe, à partager ensuite entre ses membres plutôt que de procéder en individualisant chaque dommage⁵⁰. Même dans cette hypothèse, le juge ne pourra, nous semble-t-il, contredire la notion de préjudice collectif faisant l'objet de la réparation. Ce préjudice collectif étant constitué de l'ensemble des dommages individuels du groupe, le montant global de sa réparation doit donc être apprécié, à tout le moins, sur la base de la valeur déterminable de la réparation de chaque membre du groupe⁵¹.

S'il est vrai également qu'il pourrait arriver que le montant fixé dans la décision de condamnation ou dans l'accord homologué ne permette pas de désintéresser tous les membres du groupe qui réclament leur part, une dérogation au principe de la réparation intégrale ne paraît pas résulter du texte législatif de sorte que selon nous, pour éviter une invalidation ultérieure de la réparation, il serait nécessaire que la décision ou l'accord prévoit un retour devant le juge afin de revoir ce montant ou celui visé par l'accord⁵².

Enfin, nous pensons avec d'autres que le reliquat éventuel non réclamé ne peut revenir qu'au défendeur, sous peine de transformer la réparation en une sanction civile⁵³.

⁵⁰ Voy. les explications données dans l'exposé des motifs, pp. 38 et 39.

⁵¹ Tant en *opt-in* qu'en régime d'*opt-out*. Sur l'évaluation du préjudice collectif, voy. *infra* n° 19.

⁵² Dans le même sens, F. DAINS, E. FALLA et F. LERÈVRE, « Introduction aux principes de la Loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 567.

⁵³ *Ibid.* Malgré les termes de l'article XVII.51, § 2.

Section 2

L'efficacité de l'action et l'existence d'un préjudice collectif

17. **L'obstacle de l'«efficacité» de l'action.** On a vu qu'une condition de recevabilité spécifique de l'action en réparation collective tenait en la constatation nécessaire par la juridiction saisie du fait que «[l]e recours à une action en réparation collective semble plus efficace qu'une action de droit commun» (art. XVII.36, 3°).

L'exigence de l'efficacité semble *a priori* indépendante du fond de l'action. Pourtant, elle force la réflexion sur le type de dommage dont on demande la réparation, si l'on veut passer la phase de recevabilité.

Pour comprendre cette exigence, il faut retourner aux travaux parlementaires de la loi. Ceux-ci⁵⁴ indiquent qu'il convient de procéder à un rapport entre le résultat atteint par l'action (par exemple, une décision sur le fond opposable à tous les consommateurs lésés) et les moyens utilisés (nombre d'actions et de juges saisis). Pour convaincre de l'utilité d'une action collective, il conviendrait dès lors d'apporter la preuve de l'existence d'une économie d'échelle substantielle induite par l'action projetée ainsi que l'aboutissement en une solution judiciaire stable et harmonisée.

L'explication resterait fort abstraite si les travaux parlementaires n'en tiraient alors certaines implications concrètes sur les dommages soumis à réparation dans une action en réparation collective.

Une action en réparation collective ne peut apporter de réelle plus-value si elle se désagrége dans la résolution d'une multitude de situations individuelles et qu'elle ne génère pas de puissants éléments de convergence entre ces situations. Remarquons d'ailleurs que dans ce cas, l'imposition des seules juridictions bruxelloises comme uniques juges de l'action se retournerait contre l'action collective : celles-ci seraient vite totalement débordées et l'efficacité du traitement des demandes du groupe voudrait plutôt qu'elles s'éparpillent entre plusieurs juridictions afin de répartir équitablement le poids du traitement de celles-ci.

Le groupe n'est pas seulement unifié par l'identité du (des) défendeur(s) et par la cause commune. Il l'est aussi par le dommage dont on demande réparation. Si ces derniers ne doivent pas être identiques – l'idéal serait qu'ils le soient – ils doivent s'harmoniser par «des questions de fait et de droit liées [qui] puissent être traitées dans une même procédure»⁵⁵.

18. **L'homogénéité du dommage comme condition de l'efficacité de l'action collective.** Sur cette base, nous induisons qu'un élément important

afin d'unifier le groupe et, partant, la procédure collective, est l'homogénéité du dommage : le dommage peut certes être différent pour chaque consommateur mais pas trop, afin de permettre un traitement relativement homogène concernant tant son estimation que sa liquidation dans la procédure collective. Une trop grande disparité entre les dommages individuels impliquerait une impossibilité de traitement efficace et uniforme et finalement, ne permettrait pas de garantir l'économie d'échelle et l'harmonisation de la solution judiciaire.

Cette homogénéité devrait aussi guider la constitution des sous-groupes équivalant alors à des situations où tous les membres du groupe sont «affectés sensiblement de la même manière»⁵⁶.

Si la nature et les caractéristiques du dommage ne sont pas les seuls critères d'efficacité – on pense particulièrement à la taille potentielle du groupe ou au caractère identifiable des membres du groupe – l'homogénéité du dommage nous paraît essentielle dans la procédure collective. Ce critère permet par lui-même la détermination du groupe – par exemple tous les consommateurs ayant dû payer un surcoût illicite concernant un produit ou service déterminé – et des sous-groupes éventuels – par exemple le sous-ensemble de consommateurs ayant subi un préjudice matériel distinct du préjudice moral fondant l'action.

19. **L'obstacle du préjudice collectif en lien causal avec la cause commune.** Un second obstacle est dû à la condition de l'existence d'un «préjudice collectif». Notion nouvelle, elle se distingue nécessairement de la notion de préjudice ou de dommage du droit commun.

La notion de préjudice collectif a d'ailleurs reçu une définition légale à l'article 1.21, 1°, du CDE : «[l']ensemble des dommages individuels ayant une cause commune subis par les membres d'un groupe».

Pris au pied de la lettre, le concept semble impliquer qu'il faut partir des préjudices individuels et les additionner pour permettre de prouver et d'évaluer le préjudice «collectif».

Mais l'approche trouve vite ses limites dans la procédure prévue par la nouvelle loi : en cas de procédure d'*opt-out*, par exemple, il est tout simplement impossible d'individualiser les dommages de chacun, par définition inconnus lors de l'introduction de l'action. En outre, cette recherche individuelle systématique en vue de «construire» par addition un préjudice collectif pourrait contredire le caractère «efficace» de la procédure.

C'est ce qui semble avoir motivé la possibilité laissée au juge d'opter pour une évaluation globale du dommage. Les travaux parlementaires paraissent cependant clairs : l'évaluation individuelle du dommage reste la règle, l'approche glo-

⁵⁴ Exposé des motifs, p. 8.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Pour reprendre l'expression de C. BORMAN, «De la réparation du dommage dans l'hypothèse de l'introduction en droit belge d'une action collective de type opt-out: importation du modèle québécois?», *op. cit.*, p. 3, n° 14.

bale l'exception⁵⁷. Il faut alors trouver un sens à cette approche afin de lui permettre de ne pas heurter de front les principes de la réparation individuelle et intégrale.

Ici aussi, derrière l'obstacle, se trouve d'après nous un critère d'évaluation du critère collectif. À nouveau, l'homogénéité des différents dommages individuels paraît nécessaire si l'on veut rendre possible l'évaluation d'un préjudice collectif sans individualisation possible *a priori* (*opt-out*) ou moyennant une évaluation dont l'individualisation doit être limitée (*opt-in*). Il importe alors de démontrer – principalement par présomption – que dans chaque groupe ou sous-groupe, compte tenu des caractéristiques communes qu'il implique pour ses membres, un type de dommage individuel précis a dû être subi par chacun des membres du groupe, fussent-ils inconnus au moment de l'évaluation. C'est en effet parce que l'on peut « prévoir » ou « estimer » avec un degré de certitude suffisant le dommage qui a dû être réellement subi par chaque membre potentiel du groupe ou du sous-groupe que l'on pourra trouver une voie de solution à ces difficultés⁵⁸.

Mais comment comprendre l'exigence d'un dommage homogène ? Si l'on en revient à la définition de droit commun du dommage comme résultante de la différence négative entre deux situations, l'actuelle et celle – hypothétique – en l'absence de la faute (ici la cause commune), alors il faut que la perte patrimoniale (ou même morale) de chaque membre du groupe se dessine de manière analogue. C'est moins un problème de montant – qui peut varier si les différences sont objectivées au sein des sous-groupes – ou de nature – on peut les regrouper dans des sous-groupes – que d'évaluation qui est visée ici. Cela suppose donc que la situation hypothétique – la situation de la victime en l'absence du comportement fautif – soit quasi identique pour chacun des membres du groupe, de sorte que la perte s'appréhende de la même manière.

20. L'application de la condition d'un dommage homogène aux conséquences dommageables d'un défaut d'information. L'exigence d'un dommage homogène risque de poser de sérieux problèmes en cas d'action potentielle suite à la violation éventuelle d'un des nombreux devoirs d'information qui pèsent sur les prestataires du secteur des télécommunications.

Le grief pourrait se fonder sur l'existence d'une information trompeuse – voire un défaut d'information – concernant la vitesse de téléchargement sur un smartphone ou de connexion d'un accès internet, la capacité de stockage, la

rapidité du processeur ou le temps de conversation ou de veille pour un smartphone ou un défaut d'information sur l'existence de certaines finalités d'utilisation des données de trafic.

Pour établir un dommage, il faut partir d'une comparaison entre la situation actuelle – la personne a acquis un smartphone ou un service de connexion – et celle qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas eu lieu. Il faut donc prévoir ce qui se serait passé si chacun des consommateurs avait été informé de la capacité réelle de stockage du smartphone, de la vitesse réelle de connexion ou de l'utilisation des données le concernant. Cette situation hypothétique doit être rapportée avec suffisamment de certitude pour établir l'existence du dommage. Elle doit aussi être quasi identique pour les membres du groupe, si l'on veut fonder son action sur un dommage suffisamment homogène pour garantir l'efficacité et la constitution d'un groupe cohérent.

Or, force est d'admettre que les réactions d'un consommateur à une information correcte pourraient être très diverses et fortement dépendantes du contexte particulier de l'achat et des besoins propres à chacun d'eux. Il dépend évidemment de l'influence de l'information sur le choix commercial du consommateur en cause.

Les uns n'auraient pas acheté le produit ou le service, les autres oui. Certains auraient opté pour un autre produit ou service du même prestataire, d'autres auraient changé de prestataire et acquis un autre produit ou service. Le dommage subi pourrait donc être différent selon les personnes, allant de l'absence de dommage, à la perte de tout ou partie de la valeur du produit/service en passant par une évaluation *ex aequo et bono* de la perte d'usage ou d'un simple dommage moral. Bref, il risque d'y avoir absence ou très peu d'homogénéité des dommages individuels constituant le préjudice collectif, ce qui le rend difficile à apprécier au regard des règles de la responsabilité civile de droit commun.

De ce fait, les griefs liés à un défaut d'information (trompeuse, erronée ou absente) nous paraissent assez peu adaptés à l'action en réparation collective.

Section 3

L'exigence de réparation

21. Le principe de l'exclusion de toute sanction distincte d'une réparation. La nature de la procédure collective est de permettre la réparation des victimes – consommateurs, organisés en un groupe. Le titre même de la loi ne permet aucun doute : si l'action est collective, son objet est la réparation.

L'organisation même de la procédure suppose l'existence d'un dommage à réparer à chaque stade de celle-ci : la décision sur la recevabilité comprend la description du préjudice collectif qui fait l'objet de l'action⁵⁹, l'accord éventuel

⁵⁷ Exposé des motifs, pp. 38 et 39.

⁵⁸ C'est la voie suivie par les juges québécois (voy. C. BORMAN, « De la réparation du dommage dans l'hypothèse de l'introduction en droit belge d'une action collective de type opt-out : importation du modèle québécois ? », *op. cit.*, p. 5). Soulignons, avec cet auteur, qu'une autre voie de solution aurait pu porter sur la possibilité laissée au membre du groupe de réintroduire une action individuelle pour la réparation du préjudice subi. Outre que cela ne paraît réaliste que pour des dommages individuels conséquents, l'article XVII.69 risque d'avoir pour effet de rendre une telle action irrecevable (elle a le même objet et la même cause que l'action en réparation collective qui la précéderait).

⁵⁹ Art. XVII.42 du CDE.

de négociation doit comprendre outre une telle description, les modalités et le contenu de la réparation (art. XVII.45, § 3), de même que la décision prise sur le fond par la juridiction saisie (art. XVII.54). La soumission du fond de la demande aux conditions du droit commun de la responsabilité suffirait à convaincre ceux qui en douteraient encore.

Comme le soulignait Pierre Van Ommeslaghe, la conséquence logique de ce choix de base du législateur est que l'action collective ne pourrait donc être utilisée à d'autres fins. Il donne comme exemple une demande poursuivant l'annulation d'une décision d'une assemblée générale ou d'un organe d'administration d'une société, visant le paiement d'une participation bénéficiaire en matière d'assurance-vie ou la réclamation de la distribution d'une réserve ou d'un dividende⁶⁰.

La réparation se déclinera donc nécessairement en une réparation en nature (par exemple, une connexion gratuite ou à prix réduit durant une période) ou par équivalent (le paiement de dommages et intérêts).

Cette limitation intrinsèque de l'objet même de l'action semble fermer la porte à tous les recours qui n'ont pas pour objet la réparation d'un dommage mais l'obtention d'une autre sanction. Les législations visées par l'article XVII.37 prévoient ainsi souvent des sanctions spécifiques qui divergent plus ou moins fortement d'une réparation *sensu stricto* obtenue dans le cadre d'une action de droit commun en responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle. On pense par exemple à la nullité du contrat, à la restitution qui l'accompagne le cas échéant ou à toute mesure permettant d'obtenir l'exécution du contrat et non pas une réparation. Dès lors que ces distinctions entre les sanctions n'apparaissent pas toujours clairement en droit positif, gageons que de telles demandes ne manqueraient pas de provoquer de nombreuses discussions et débats dans le cadre tant de la compétence du juge, que de la recevabilité et de l'analyse du fond de l'action.

22. La mise en œuvre du principe d'exclusion: irrecevabilité ou incompétence? Dès lors que l'objet de la demande ne pourrait être visé par un de ces types de réparation, le défendeur va pouvoir invoquer diverses défenses qui pourraient peut-être se décliner tant en termes de recevabilité que de compétence.

L'entreprise pourrait d'abord invoquer l'irrecevabilité de la demande au sens particulier de l'article XVII.37. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une « action en réparation collective » visée en son 3^o, le test d'efficacité de celle-ci par rapport au recours de droit commun ne peut pas être effectué. Une des conditions spécifiques de cette disposition serait donc impossible à remplir et partant, il y aurait lieu d'en prononcer l'irrecevabilité.

On peut surtout se demander si on ne sort pas de la compétence matérielle de la juridiction saisie qui, au vu de ses particularités, pourrait être qualifiée tant d'« exclusive » que de « restrictive » et partant, exclure tout autre chef de demande que la réparation pour laquelle elle a été créée⁶¹.

En application de l'article 633ter du Code judiciaire, le Tribunal de première instance, et le cas échéant, le Tribunal de commerce ainsi que la Cour d'appel de Bruxelles sont seuls compétents pour connaître d'une action en réparation collective. Même si *a priori*, l'exclusivité de la compétence accordée ainsi aux juridictions bruxelloises n'est que territoriale, il nous paraît que l'absence du choix d'une juridiction unique pour connaître de la demande – tant le Tribunal de commerce que le Tribunal de première instance de Bruxelles pouvant être saisi – n'empêche nullement de considérer que la compétence matérielle qui revient à l'un ou l'autre soit qualifiée d'exclusive en matière de réparation collective, dès lors qu'aucune autre juridiction ne pourrait en connaître (justice de paix, tribunal du travail).

En effet, on sait que la notion d'exclusivité « repose en principe dans le recours à un appareillage organique et procédural très spécifique dont seul est doté le juge investi par la loi »⁶². En d'autres termes, les compétences sont à ce point liées à un juge « qu'on ne pourrait les voir exercer par un autre, sans que l'administration de la justice en soit perturbée »⁶³. Il est peu douteux que l'action en réparation collective puisse être considérée comme impliquant « un appareillage organique et procédural très spécifique »⁶⁴.

Elle implique pour sa mise en œuvre des moyens spécifiques et considérables qui ont du reste amené le ministre à prévoir des moyens supplémentaires – notamment le recrutement de trois juges supplémentaires à la cour d'appel et une extension particulière du cadre au tribunal de première instance⁶⁵. Elle nécessite également une organisation particulière des greffes. La mise en place de l'option *opt-in/opt-out* implique en effet l'intervention du greffe pour recueillir les options des consommateurs dont le nombre pourrait être très important, et

⁶¹ Sur ces notions d'exclusivité et de restrictivité ainsi que leurs conséquences, voy. J.-F. VAN DROOCHENBROECK, « La nature et le régime de la compétence exercée "comme en référé". L'exemple de l'action en dommages et intérêts », *J.T.*, 1996, pp. 554 et s.

⁶² *Ibid.*, p. 554.

⁶³ G. CLOSTER-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 20, n° 24. On cite généralement la compétence du tribunal de commerce en matière de faillite, la compétence du tribunal du travail en matière de sécurité sociale, la compétence du juge de paix en ce qui concerne l'apposition ou la levée de sceaux, la compétence du tribunal de police pour ce qui concerne les dédommements dus suite à un accident de la circulation ou encore celle des présidents des tribunaux pour les actions en cessation.

⁶⁴ Comme le ministre l'indiquait lui-même: « Les procédures en réparation collectives sont particulières, tant au niveau juridique qu'au niveau de leur mise en œuvre, ce qui nécessite une spécialisation. Il serait précieux que les juges bénéficient d'expériences cumulées sur le terrain afin qu'une jurisprudence homogène se dégage et devienne du "forum shopping" de la part des requérants » (Doc. parl., Ch. repr., 2013-2014, n° 3300/04, p. 29).

⁶⁵ Doc. parl., Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3300/04, p. 40.

⁶⁰ P. VAN OMMESLACHE, « Une class action en droit belge? Et le droit des obligations? », *op. cit.*, pp. 424 et 425.

la procédure d'évaluation puis de liquidation du dommage réparable par un liquidateur implique un travail en étroite collaboration avec le greffe.

Les caractéristiques procédurales ainsi que de l'objet même de l'action sont d'ailleurs à ce point spécifiques qu'elles ont justifié l'attribution territoriale exclusive aux juridictions bruxelloises afin de permettre de regrouper le contentieux en centralisant l'expertise et garantissant une jurisprudence uniforme pour l'ensemble du pays⁶⁶. Rappelons également le caractère tout à fait extraordinaire des conditions de recevabilité de l'action, la dérogation à l'article 807 du Code judiciaire interdisant toute modification ou extension de la demande durant l'instance ou encore la dérogation remarquable au principe selon lequel le « criminel tient le civil en l'état » par l'article XVII.67. Cette procédure apparaît du point de vue procédural aussi – voire encore plus – atypique que la compétence exclusive reconnue au juge des cessations commerciales ou au tribunal de police statuant sur un dédommagement civil pour prendre d'autres exemples de compétences exclusives.

En outre, il nous paraît également que la compétence matérielle ainsi spécifiée des juridictions bruxelloises peut également s'apprécier de manière « restrictive ». D'abord parce que la possibilité d'obtenir réparation d'un préjudice constitue la *ratio* même de la nouvelle action collective, ce qui la distingue d'autres actions de ce type⁶⁷. C'est donc clairement la volonté du législateur de réserver cette voie de recours à la finalité de réparation d'un préjudice collectif et de ne pas admettre – à tout le moins pour l'instant – une extension de la compétence, limitée à la réparation collective en matière de litiges de consommation⁶⁸. Ensuite parce que l'admission d'autres demandes que des demandes de réparation risque de rendre les juges désignés moins disponibles et le cas échéant, de les détourner de leur mission première d'octroi d'une réparation de certains dommages – principalement des dommages de faibles montants – qui ne peuvent trouver satisfaction que dans le cadre très spécifique de ladite procédure collective.

23. Les conséquences de la finalité de réparation : le rejet de l'exécution forcée d'une obligation contractuelle ou de la cessation d'une violation de la loi. *Sensu stricto*, on ne peut parler de réparation en matière contractuelle que lorsque l'on ne vise pas à obtenir l'exécution de ce qui a été promis mais à compenser le dommage subi à la suite de l'inexécution définitive de l'obligation litigieuse⁶⁹.

⁶⁶ Exposé des motifs, p. 12 et extraits déjà cités des travaux parlementaires. Voy. aussi les explications retenues par la Cour constitutionnelle qui a rejeté une demande d'annulation fondée sur une critique de la centralisation procédurale à Bruxelles au détriment allégué des consommateurs germanophones (C. const., 1^{er} octobre 2015, n° 137/2015, B.102.).

⁶⁷ Exposé des motifs, pp. 6 et 7.

⁶⁸ Cf. la réponse du ministre à une question parlementaire sur la limitation du champ de l'action collective aux causes communes visées par l'article XVII.37 et aux litiges de consommation : Doc. parl., Ch. repr., 2013-2014, n° 3300/04, pp.16 et 17.

⁶⁹ Voy. P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 523, n° 594 et s. La réparation en nature suppose donc que l'exécution en nature de l'obligation contrac-

Si la connexion à internet est interrompue par l'opérateur et que le consommateur exige puis obtient la poursuite de la connexion, on parle d'exécution en nature de l'obligation : l'opérateur exécute l'obligation à laquelle il s'est initialement engagé. Si la connexion à internet est interrompue et que le consommateur obtient une semaine de connexion gratuite à titre de dédommagement, il s'agit d'une réparation en nature : l'opérateur compense le dommage subi par le consommateur du fait d'une rupture fautive de connexion par un équivalent en nature qui n'est en réalité qu'un « pis-aller » : la connexion prévue initialement n'est plus possible et son interruption l'a rendue par définition impossible⁷⁰.

En matière extracontractuelle, on retrouve selon nous *mutatis mutandis* la même distinction. Il paraît exclu de parler de réparation dès lors que l'objet de l'action n'est pas d'obtenir l'indemnisation d'un dommage mais la cessation d'une pratique illégale, c'est-à-dire d'obtenir le respect de l'exécution de la loi. Réparation n'est pas retour à la légalité mais indemnisation de la victime⁷¹.

C'est d'ailleurs sur la base de cette distinction que les travaux parlementaires de la loi expliquent fort à propos la différence entre la nouvelle action en réparation collective et les actions en cessations commerciales ouvertes aux consommateurs et organisations de défense des consommateurs : « [l']action en cessation ne vise pas la réparation du dommage causé. Elle permet, selon les formes du référé, de faire cesser une pratique »⁷².

Il résulte ainsi de cette distinction qu'il semble exclu qu'un groupe de consommateurs puisse agir par le truchement de l'action en réparation collective pour

⁷⁰ telle ne peut être accordée au créancier, soit parce qu'elle n'est pas ou n'est plus possible, soit parce que le créancier abuserait de son droit en la réclamant (aussi S. STRYS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke onbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 330 à 332).

⁷¹ Pour un autre exemple de réparation en nature dans le secteur : ajouter un avis rectificatif sur les factures de téléphone de certains abonnés, afin de réparer le préjudice causé par l'oubli d'un nom d'abonné dans l'annuaire téléphonique (C. civ. Liège (tél.), 6 juin 1995, *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1996, p. 47 et note P. Wéry, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1034).

⁷² Voy. sur cette distinction Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », *R.C.J.B.*, 2013, p. 563, n° 21 ; *idem*, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, pp. 954 et 955, n° 3 ; P. Wéry, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », note sous Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 249 à 257 et nombreuses références citées.

⁷³ Pour notre Cour de cassation, il semble que ces mesures soient, en règle, absorbées par le concept de réparation en nature. Voy. ainsi, Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass. (2^e ch. – 3^e espèce), 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 73 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341 et s. et concl. av. gén. Veu qui énonce déjà le principe repris dans les arrêts précités selon lequel les mesures ayant pour effet de faire cesser la situation illicite participent de la réparation en nature (pp. 1343 et 1358). La distinction a cependant été faite, incidemment, par l'avocat général G. van der MEESCH dans ses célèbres conclusions relatives à l'abus de droit précédant l'arrêt du 10 septembre 1971 (conclusions du procureur général GANSORF VAN DER MEESCH, précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 41 ; aussi la note de W.G. publiée sous le même arrêt dans la *Paschiste* qui traduit en français l'opinion exprimée par le procureur général (*Pas.*, 1972, I, p. 37)).

⁷⁴ Exposé des motifs, pp. 6 et 7.

obtenir par exemple la cessation d'une pratique de publicité mensongère concernant par exemple la capacité de stockage d'un smartphone ou la vitesse d'une connexion à internet alors même que la violation des dispositions concernées dans le livre VI du CDE tombe sous le champ d'application de l'action en réparation collective⁷⁴.

24. Les conséquences du principe de réparation : le rejet des sanctions civiles non indemnitaires. On a déjà souligné que l'action en réparation collective n'avait pas et ne pouvait avoir comme finalité l'imposition de sanctions civiles non indemnitaires (*punitive damages*). Ces sanctions, *a priori* bannies du droit belge de la responsabilité civile, sont incompatibles avec le principe de la réparation intégrale du dommage et du principe strictement indemnitaire de ce droit.

De telles sanctions sont cependant parfois prévues dans certains textes spécifiques. Ainsi, l'article VI.38 du CDE énonce que « lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée aux articles VI.93 à VI.95, VI.100, 1^o à 11^o, 13^o à 15^o, 18^o à 23^o, et à l'article VI.103, 3^o à 7^o, le juge peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré »⁷⁵.

Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation au moment d'appliquer la sanction (le juge « peut »). En outre, nous n'avons pas connaissance de décisions de jurisprudence appliquant cette mesure de sorte que l'on ne peut savoir si les juridictions saisies feront preuve de sévérité dans son application.

La conservation du produit sans paiement procure un « enrichissement » certain de la victime et corrélativement une sanction imposée à l'entreprise ayant violé les dispositions en cause. Mais il ne s'agit pas d'une sanction indemnitaire. Aucune condition de dommage ne s'impose pour appliquer celle-ci. Le bénéfice de la conservation « gratuite » du produit sera le plus souvent sans mesure avec le dommage réellement subi par le consommateur. Le but de la disposition

était en effet, outre le souci d'éviter l'intentement d'une action au consommateur afin d'obtenir l'annulation du contrat et des dommages et intérêts complémentaires, de frapper l'entreprise d'une sanction « réelle »⁷⁶.

Cette sanction dépasse donc ce qui est admissible en droit commun de la responsabilité où la victime ne peut recevoir plus que la compensation du dommage réellement subi. Elle ne paraît dès lors non plus être demandée par le truchement d'une action en réparation collective.

25. Les conséquences du principe de réparation : les difficultés relatives aux sanctions contractuelles spécifiques. Le droit des contrats prévoit des sanctions propres suite à certaines violations du contrat. On pense d'abord à l'option qui s'offre au créancier en application de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil.

L'article 1184, alinéa 2, du Code civil offre ainsi un choix au créancier victime d'une inexécution fautive : soit forcer son débiteur à l'exécution de la convention, soit en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution est à la fois une sanction civile et un mode de dissolution du contrat conclu. Il semble du reste que si la dissolution était conçue principalement comme une peine infligée au débiteur infidèle à sa parole, on mettrait aujourd'hui plus l'accent sur la possibilité que cette disposition offre au créancier de se libérer de ses propres engagements suite au défaut de son débiteur⁷⁷.

Quoi qu'il en soit, si la résolution est conçue au moins partiellement comme sanction d'une inexécution fautive d'une convention, on peut sérieusement douter qu'elle s'analyse comme un mode de réparation du dommage. C'est que les conditions des deux sanctions divergent assez fortement. Toute faute ne donne pas lieu à résolution du contrat alors que la faute la plus légère permet d'obtenir la réparation du dommage subi. Ensuite et surtout, le dommage n'est pas une condition de la résolution. Comme le souligne Patrick Wéry, la raison est à trouver dans le fait que la résolution n'est pas un mode de réparation⁷⁸.

D'autres sanctions – dérivées ou non de celles précitées – existent. On pense à l'option de l'acheteur en cas de refus d'agrément de la chose vendue (art. 1610

⁷⁴ Voy. les travaux parlementaires de la loi du 5 juin 2007 (Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Doc. parl., Ch. repr., 2006-2007, n° 2983/001, pp. 37 et 38).

⁷⁵ Voy. sur les particularités de cette sanction et son double fondement : S. STINS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets » in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 379 et s.; R. JAFFEREAU, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 817 et s.

⁷⁶ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 585, n° 669. La résolution est un mode de dissolution du contrat qui va éteindre les obligations du créancier et du débiteur et trouve son fondement dans l'interdépendance des obligations nées du contrat synallagmatique (R. JAFFEREAU, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 818 et 860; aussi J.-F. GERMÁN, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », in *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 137).

et 1611 C. civ.), au choix de l'acheteur entre l'action rédhibitoire ou compensatoire suite à la découverte d'un vice caché de la chose vendue (art. 1644 C. civ.), au choix de l'acheteur en cas d'application de la garantie des biens de consommation (art. 1649 *quinquies* C. civ.), etc. Leur nature devra soigneusement être analysée si on veut éviter l'écueil de la réparation comme source d'exclusion de la sanction demandée.

Conclusion : le secteur des télécommunications en danger par l'introduction de l'action en réparation collective ?

26. Le secteur des télécommunications comme cible potentielle des actions en réparation collective. Les qualifications des causes communes dominant ouverture à l'action en réparation collective désignent clairement ce secteur comme une cible potentielle de choix pour l'action en réparation collective.

La généralisation de l'utilisation des services et produits offerts par ce secteur par tout un chacun dans sa vie non professionnelle, la nécessité d'un lien contractuel avec le prestataire de service et le nombre de législations applicables – et donc de violations potentielles des devoirs spécifiques qui s'imposent aux opérateurs dans le cadre de leur activité à destination des consommateurs – mais aussi le faible montant des réparations susceptibles d'être obtenues en réparation sont autant d'éléments qui peuvent conduire des associations qualifiées à introduire à l'avenir de telles actions en réparation collective.

Un autre élément doit être pris en considération. La formidable explosion de l'exploitation et de la valorisation des données à caractère personnel collectées ou générées par l'utilisation desdits services, couplée aux énormes défis liés aux risques inhérents à la sécurité des réseaux pointe également du doigt le secteur en cas de violation potentielle de dispositions protectrices *ad hoc* issues tant de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée que de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques⁷⁹.

27. Les actions en réparation collective intentées contre le secteur des télécommunications nécessairement tributaires des incertitudes entourant la nouvelle action. La doctrine a déjà fait part de ses doutes sur l'efficacité réelle de l'action sortie fraîchement des fons baptismaux du fait des nombreuses interrogations qu'elle suscite au niveau procédural et pratique⁸⁰.

⁷⁹ Voy. de manière plus générale, Y.S. VAN DER SYPE, W. VANDENBUSSCHE, I. SAMYN et N. PORTUGAELS, « Allen tegen één: over de rechtsvordering tot collectief herstel en de bescherming van persoonsgegevens op het internet », *Computerrecht*, 2014, pp. 315 à 324.

⁸⁰ Voy. par exemple, B. ALLEMERSCH et S. VOET, « De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten », *op. cit.*, pp. 660 et 661 ; F. DANIS, E. FALLA et F. LEEFVEER, « Introduction aux principes de la Loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *op. cit.*, p. 590.

Les influences de la procédure sur le fond et les interrogations qu'elles suscitent concernant les limites des demandes qui peuvent être introduites par le truchement de l'action en réparation collective ne peuvent qu'alimenter ces doutes. Le filtre de l'efficacité de l'action, l'exigence d'une certaine homogénéité des dommages individuels qui constituent le préjudice collectif qui en découle, la finalité de réparation indemnitaire de l'action paraissent autant de freins possibles à l'élan légitime suscité par la création d'une action conçue pour venir en aide aux groupes de consommateurs lésés. Le fait même que la nouvelle action soit conçue sur la seule base de dispositions procédurales et l'absence d'attention aux nécessaires adaptations du droit commun de la responsabilité ne manquent pas de poser question lors des futures procédures.

Il est certain que ces débats qui valent pour l'ensemble des secteurs impacteront nécessairement la potentielle mise en cause du secteur par la nouvelle action.

Ces incertitudes ne doivent pas cacher la puissance potentielle de cette nouvelle arme des consommateurs et la force dissuasive et de persuasion qu'elle recèle quant à la nécessité pour les opérateurs et autres acteurs de prendre toujours plus au sérieux les réglementations protectrices des consommateurs qui utilisent leurs produits et services. La meilleure défense du secteur face au risque de bourse délier en vue de réparer ses fautes n'est-elle pas, finalement, le strict respect de ses devoirs contractuels et légaux ?