

**LES SANCTIONS CIVILES.
LA NULLITÉ ET LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS
FORFAITAIRES**

JEAN-FRANÇOIS GERMAIN

Assistant aux FUSL

Avocat au barreau de Bruxelles

CÉDRIC EYBEN

Assistant à l'UCL et aux FUSL

Avocat au barreau de Bruxelles

INTRODUCTION

1. L'objet de ce rapport est de livrer un premier commentaire des sanctions civiles mises en place par les lois antidiscriminatoires du 10 mai 2007, à savoir la nullité des dispositions discriminatoires d'une part et l'octroi de dommages et intérêts à la victime d'une discrimination d'autre part.

Les nouvelles dispositions légales n'instaurent pas un régime de nullité ou de réparation propre au domaine de l'égalité de traitement. Elles renvoient clairement au droit commun. De telles matières n'en restent pas moins complexes, particulièrement lorsqu'elles ont vocation à servir les législations modernes tendant à la protection de l'ordre public ou de la partie dite «faible». Les questions soulevées sont multiples, tant pour la nullité (qui peut agir en nullité?, la nullité est-elle automatique ou doit-elle être demandée en justice?, quel est l'objet exact de la sanction?, une éradication pure et simple de la clause?, son remplacement par une clause licite?, son adaptation ou sa réduction pour la rendre conforme au prescrit légal?, quels sont ses effets dans le temps?) que pour les dommages et intérêts forfaitaires (respect du principe de la réparation intégrale et *in concreto* du dommage?, caractère indemnitaire ou punitif du forfait?, cumul avec la sanction de nullité?).

Notre prétention n'est certainement pas de régler dans ce rapport toutes les questions que pose et continuera de poser la rencontre entre ces régimes dits classiques et les objectifs de sanctions poursuivis par les législations modernes, mais, à tout le moins, de présenter la grille de lecture que ces régimes proposent, et ses implications particulières dans la matière de la lutte contre la discrimination.

§ 1. LA SANCTION DE NULLITÉ

2. Les lois antidiscriminatoires du 10 mai 2007 règlent la question de la nullité des dispositions contraires à leur prescrit dans les termes suivants: «Sont nulles, les dispositions qui sont contraires à la présente loi, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis par la présente loi» (1).

Nous envisagerons successivement les caractéristiques de la sanction (I), son objet (II), et ses effets (III).

(1) Article 20 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et article 15 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

I. Les caractéristiques de la sanction

3. Une nullité de droit commun. En utilisant le qualificatif « nulles », la loi a le mérite d'identifier clairement l'application de la sanction de nullité et ne prête pas aux confusions qui résultent souvent de formulations plus hasardeuses dans les législations particulières (2).

Pour le reste, la loi ne définit pas autrement le régime de nullité applicable, ni les modalités de sa mise en œuvre. Il convient donc d'appliquer le droit commun (3).

4. Une nullité absolue. Selon le critère de distinction traditionnel, la nullité relative vise à protéger les intérêts particuliers contre la violation d'une règle impérative et la nullité absolue vise à protéger l'intérêt général contre la violation d'une règle d'ordre public (4).

Les travaux préparatoires tranchent très clairement la question en ce qui concerne la nullité des dispositions discriminatoires en énonçant ce qui suit : « Il s'agit d'une nullité absolue. En effet, l'avant-projet de loi traduit un droit fondamental (le droit à l'égalité de traitement) dans les relations horizontales et verticales. Cette loi touche, par conséquent, à l'ordre public » (5).

La qualification en nullité absolue entraîne d'importantes conséquences au niveau de la détermination des titulaires du droit d'agir en nullité et de la possibilité ou non de « couvrir » la nullité *a priori* (renonciation) ou *a posteriori* (confirmation) (6).

(2) Comme les clauses « réputées inexistantes » ou « non écrites ». Voy. à ce sujet les exemples cités par P. Wéry, « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, Formation permanente - CUP, Bruxelles, Larcier, 2006, vol. 88, pp. 11 et s.

(3) La sanction de nullité prévue par loi constitue au demeurant, en matière civile, une application pure et simple du code civil, selon lequel le contrat doit, sous peine de nullité, être conforme à l'ordre public (article 6 du code civil) et doit avoir un objet et une cause licites, c'est-à-dire conformes à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératives (articles 1108 et 1128 et 1133 du Code civil).

(4) H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 100; M. von KUGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in P.-A. FORTIER (dir.), *Les obligations contractuelles*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 589; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 19.

(5) Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2722/001, p. 56. La question a fait l'objet de controverses en doctrine sous l'empire des anciennes lois antidiscriminatoires (voy. les réf. citées par I. SAMOY et Y. THIERY, « De wet van 25 februari 2003, eerste kennismaking » in S. STINGS et P. WÉRY (éd.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 11, note 61).

(6) Voy. *infra*.

5. Une nullité applicable tant aux actes juridiques unilatéraux qu'unilatéraux. La loi vise la nullité de « dispositions » discriminatoires, à savoir « les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale » (7). Cette définition très large répond au souhait d'étendre au maximum le champ d'application de la nullité (8).

Sont donc susceptibles d'être frappées de nullité aussi bien les clauses contractuelles individuelles ou collectives (9) que celles figurant dans des règlements (on songe notamment aux règlements de travail et à toute autre forme de réglementation susceptible de faire naître des droits et obligations à l'égard des personnes auxquelles elle s'applique).

La loi vise également les documents établis de manière unilatérale, ce qui appelle une précision terminologique : les termes « documents » et « établis » renvoient d'une manière très générale à tout « acte » (autre qu'un acte administratif) « rédigé » unilatéralement par son auteur et qui serait créateur de droits et/ou obligations dans le chef de la personne protégée (10). Cette définition vise donc clairement, au-delà des contrats d'adhésion, conditions générales et autres règlements contractuels (qui bien que rédigés unilatéralement, n'en restent pas moins des actes bilatéraux puisqu'ils sont formés par un échange de consentement) les actes juridiques unilatéraux, c'est-à-dire les actes entraînant des effets juridiques par la seule manifestation de volonté de leur auteur dans des conditions suffisamment certaines et extériorisées (11), et qui constituent une source autonome d'obligations, distincte du contrat (12). La solution est d'ailleurs conforme au droit commun, qui admet que l'engagement par volonté unilatérale

(7) Article 4/2° de la loi. La présente contribution n'abordera pas la question spécifique du régime de la nullité des actes administratifs.

(8) L'article 18 de la loi du 25 février 2003 péchait par exemple par son caractère trop restrictif en ne visant que les clauses d'un contrat contrairement à son prescrit (S. VAN DROOCHENBROECK, « La non-discrimination dans les rapports entre particuliers : de nouvelles données in L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit? », Formation permanente - CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, vol. 73, p. 167).

(9) En ce qui concerne les conventions collectives de travail, les clauses qui y figurent constituent également des clauses individuelles supposées figurer dans chaque contrat de travail (selon l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires, le contrat de travail individuel est implicitement modifié par la convention collective de travail).

(10) Les travaux préparatoires font d'ailleurs référence aux « documents rédigés unilatéralement ».

(11) P. VAN OMMESELAERE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté » in *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Feduci, 1983, p. 351; P. VAN OMMESELAERE, *Droit des obligations*, 3ème éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/368.

(12) *Ibid.*, p. 1985/380.

soit soumis, par analogie, aux mêmes conditions de validité que les contrats (13). La sanction de nullité est dès lors susceptible de s'appliquer à toute discrimination contenue dans une offre (de vente, de mise en location, etc.), une promesse de récompense, un testament, un licenciement, une lettre d'engagement...

6. Une nullité qui peut être soulevée par toute personne intéressée. En tant que nullité absolue, la nullité d'une disposition discriminatoire peut être invoquée par toute personne intéressée. Elle peut également être prononcée par le juge, d'office ou à la requête du ministère public (14).

Il en résulte que les axes d'annulation sont multiples, ce qui contribue à renforcer significativement la protection de l'ordre public voulue par la loi.

Outre les parties liées par la disposition discriminatoire (à savoir soit les parties à une convention individuelle, soit toute partie soumise à une convention ou à un règlement collectifs, soit l'auteur et le/les destinataire(s) d'un acte juridique unilatéral) tout tiers susceptible de démontrer un intérêt (15) peut poursuivre en justice la nullité de ladite disposition (16).

On doit donc admettre que *même le bénéficiaire de l'illicéité* puisse en invoquer la nullité absolue (17). Après tout, le but de la sanction (protéger l'ordre

(13) Cass., 22 février 1999, *Pas.*, 1999, I, 102; Gand, 22 décembre 1988, *R.G.D.C.*, 2002, p. 575; Mons, 13 mai 1998, *R.G.* 13702, www.cass.be; M. COPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés» in *Mélanges offerts à Pierre P. VAN OMMELAGHE*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 25; L. SIMONT, «L'engagement unilatéral» in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 4; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence Les obligations: les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, p. 692; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, 3ème éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/375; A. VAN OEVERLEN et E. DRIEX, «Kroniek», *R.W.*, 1985-1986, n° 3.

(14) Ce pouvoir du ministère public est expressément confirmé par la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, qui prévoit aux articles 15, 16 et 17 que le ministère public peut ester en justice dans les litiges civils auxquels l'application des lois anti-discrimination donnerait lieu.

(15) Rappelons qu'en matière contractuelle, le contrat est une situation de fait opposable aux tiers, qui peuvent donc avoir un intérêt à son annulation (Cass. 29 octobre 2004, *Pas.* 2004, I, 1695; Cass. 9 mai 2003, *Pas.* 2003, 966). Par exemple un concurrent de l'employeur qui pratiquerait une politique de rémunération discriminatoire dans son entreprise.

(16) On pourrait ainsi imaginer qu'une travailleuse agisse en nullité d'une clause figurant dans le contrat de travail de son collègue masculin, ou dans une déclaration d'engagement de l'employeur, et accordant à ce dernier, à conditions égales, un bonus annuel dont elle ne bénéficie pas.

(17) Comme par exemple l'employeur (I. VERHELST et I. DE WILDE, «De gevolgen van de antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht», *NjW*, 2003, 448).

public) est tout aussi bien atteint dans une telle hypothèse (18). En résulte-t-il pour autant que celui qui est à l'origine d'une disposition discriminatoire puisse opposer la nullité à celui qui tenterait d'en obtenir l'exécution (imaginons l'employeur qui invoquerait la nullité d'une disposition prévoyant l'octroi d'un bonus plus faible attribué aux femmes par rapport à leurs collègues masculins)?

La question ne doit selon nous pas être posée en ces termes. En réalité les modalités de mise en œuvre de la nullité doivent être conformes à l'objectif poursuivi: *mettre fin à la discrimination*. Si l'on admet ce principe (malgré les difficultés techniques qu'il peut poser au regard du droit commun des nullités comme on le verra plus loin), peu importe que la «nullité» soit invoquée par l'une ou l'autre partie intéressée. Dans notre exemple, si l'on admet *une nullité ayant pour objet non pas d'éradiquer la clause qui octroie le bonus mais bien de mettre fin à la discrimination* en alignant le bonus sur celui accordé aux employés masculins, peu importe que ce soit l'employeur ou l'employée qui invoque la nullité. Si donc en théorie on peut concevoir que le bénéficiaire de la discrimination puisse invoquer la nullité, en pratique il n'aurait aucun intérêt à agir de la sorte parce que la manière dont la nullité serait appliquée ne pourrait avoir pour effet d'améliorer sa situation.

7. Une nullité qui doit être demandée en justice. La formule utilisée par le législateur (*«Sont nulles les dispositions qui sont contraires à la présente loi (...)»*) pourrait laisser croire que la nullité est *automatique*, sans qu'il soit nécessaire d'introduire un recours judiciaire. La sanction serait alors assimilable à la technique dite du «réputé non écrit» (19).

Cette assimilation ne peut selon nous être opérée en l'espèce et ceci, pour trois raisons:

- l'admission de la théorie du «réputé non écrit» dans la doctrine et la jurisprudence belges est discutable (20);

(18) Seule serait proscrite la poursuite par son bénéficiaire de l'exécution de la clause illicite (*«nemo auditur propriam turpitudinem allegans»*). Voy M. DUPONT, «Nullité absolue et nullité relative» in *La nullité des contrats*, op. cit., p. 61.; P.-A. FORNIERS, «L'objet et la cause du contrat» in *Les obligations contractuelles*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 154.

(19) Une partie de la doctrine, surtout en France, distingue la clause «nulle» de celle «réputée non écrite» et confère à cette dernière le caractère de sanction spécifique et autonome, présentant, par rapport à la nullité, l'avantage de ne pas requérir l'intervention du juge (tout au plus le juge aura-t-il, en cas de contestation, un pouvoir déclaratif du droit préexistant et non constitutif du droit, comme en matière de nullité), et de ne pas être soumise à la prescription (voyez les développements consacrés à cette question par P. WÉRY, op. cit., p. 25).

(20) *Ibid.* et références citées, ainsi que l'analyse de la jurisprudence citée et en particulier celle des questions soulevées par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 2003 («Brèves réflexions à propos de la sanction des clauses contractuelles illicites», *R.G.D.C.*, 2005, p. 47).

— en tant que fiction légale, la sanction du «réputé non écrit» est d'interprétation stricte et doit résulter de la lettre du texte légal, ce qui exclut qu'elle puisse s'appliquer à des clauses qualifiées, comme en l'espèce, de «nulles» (21) (les travaux préparatoires renvoient d'ailleurs expressément au régime de la nullité et non à la théorie du «réputé non écrit» (22));

— l'objectif poursuivi par la sanction d'une disposition discriminatoire s'éloigne bien souvent, comme on le verra, de son éradication pure et simple et requiert au contraire une application modalisée par le juge; il n'est donc pas envisageable qu'une telle disposition puisse être considérée de plein droit comme «réputée non écrite» alors que cette sanction ne permet pas, dans la plupart des cas, de protéger l'intérêt de la victime de la discrimination.

La disposition discriminatoire «nulle» doit donc s'entendre d'une disposition «annulable»: sa nullité doit être demandée en justice.

8. Une nullité qui ne peut être couverte. Étant absolue, la nullité d'une disposition discriminatoire ne peut être couverte.

Cela signifie que les parties liées par une disposition discriminatoire ne peuvent renoncer à en invoquer la nullité. Un tel accord serait contraire à l'ordre public que la sanction de nullité a précisément pour objet de protéger, et serait donc lui-même nul de nullité absolue (article 6 du Code civil) (23). C'est le sens de la prévision contenue dans les lois antidiscriminatoires («Sont nulles (...) les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis par la présente loi»). La formule utilisée par le législateur semble toutefois trop restrictive des lors qu'elle énonce que seule la renonciation anticipée serait interdite (24). S'agissant d'une nullité absolue, l'interdiction vaut en effet tant pour la renonciation anticipée à la nullité, c'est-à-dire celle qui se situerait avant que la disposition litigieuse ne sorte ses effets, que pour — et ceci distingue la nullité absolue de la nullité relative (25) — la renonciation *a posteriori*, c'est-à-dire celle qui intervient à un moment où la victime, ayant subi les effets de la discrimination et ayant conscience de son droit à invoquer la nullité de la disposition qui en est à l'origine, y renonce librement (26).

(21) J. KULLMAN, «Remarques sur les clauses réputées non écrites», *D.S.*, 1993, Chron. XIV, p. 63.

(22) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 55.

(23) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 146.

(24) Ce que confirment les travaux préparatoires en précisant: «cela signifie qu'on ne peut pas renoncer *a priori* contractuellement à l'application des dispositions de l'avant-projet». (Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 56).

(25) Voy. à ce sujet M. DUPONT, *op. cit.*, p. 73 et s.

(26) De nombreuses décisions en droit du travail rappellent ainsi qu'il est interdit au travailleur de couvrir un préavis nul de nullité absolue (voy. not. C.T. Liège, 26 juin 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 11; C.T. Bruxelles, 24 octobre 2001, *Bull. FEB*, 2002, p. 88; C.T. Liège, 4 septembre 2003, RG 31007202, www.juridat.be).

Par ailleurs, si le texte légal qualifie de nulles «les clauses contractuelles» emportant renonciation à se prévaloir de la nullité, il ne faut pas perdre de vue qu'en réalité, les actes juridiques unilatéraux sont eux aussi concernés (27). Si la renonciation s'opère par une manifestation de volonté unilatérale (ce qui sera souvent le cas en pratique), la même sanction de nullité devra s'appliquer en vertu du droit commun.

9. Une nullité soumise à la prescription décennale. Le droit d'invoquer la nullité absolue d'une disposition discriminatoire peut être exercé soit par la voie d'une action judiciaire, soit par le biais d'une exception de nullité (28).

En cas d'action judiciaire, le droit d'agir en nullité se prescrit par l'écoulement d'un délai de 10 ans (article 2262bis du code civil) dont le point de départ devrait être celui de la formation de l'acte discriminatoire. Les parties ne peuvent renoncer par avance à la prescription mais peuvent renoncer à une prescription acquise (article 2220 du Code civil). La prescription peut être soulevée en tout état de cause et même pour la première fois en degré d'appel (article 2224 du Code civil). Toute action en nullité exercée au-delà de ce délai sera déclarée irrecevable (29).

Qu'advient-il si le bénéfice d'un acte consacrant une discrimination était réclamé par le créancier postérieurement à la prescription de l'action en nullité du débiteur? Ce dernier pourrait-il encore soulever la nullité de la discrimination par voie d'exception? Tel semble bien être le principe. L'exception de nullité est un moyen de défense au fond qui permet de faire obstacle à la demande d'exécution formée par un créancier après la prescription de l'action en nullité. Elle emporte le non fondement de la demande du créancier et peut être exercée, en principe (30), sans limite de temps (31).

(27) Voy. *supra*.

(28) Sur les questions liées à la prescription des actions en nullité et exceptions de nullité, voy. C. EYBEN, «La prescription des actions en nullité et l'exception de nullité» in *La nullité des contrats*, *op. cit.*, pp. 165 et s.

(29) Un arrêt de la cour de cassation du 25 avril 2003 semble toutefois poser en principe que lorsqu'une partie tire directement son droit de la loi, elle pourrait le faire valoir sans limite de temps même si l'action en nullité de la clause contraire à la loi est prescrite. En clair, la victime d'une disposition discriminatoire pourrait faire valoir son droit à mettre un terme à la discrimination même au-delà du délai de dix ans pour demander la nullité de la disposition discriminatoire (Cass., 25 avril 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 42 et note P. WÉRY).

(30) Voy. à ce sujet les observations de C. EYBEN, *op. cit.*, pp. 189 et s.

(31) La nullité ne pourrait cependant dans ce cas avoir d'autre effet que de tenir en échec l'action en exécution et ainsi, ne pourrait se donner pour objet d'obtenir un quelconque bénéfice, par la voie d'une demande reconventionnelle, à la suite d'un nivellement par le haut.

II. L'objet de la sanction

10. Une sanction limitée à la disposition discriminatoire. En visant «la disposition individuelle ou collective», les lois antidiscriminatoires prévoient clairement que la nullité ne vise que la disposition litigieuse et n'affecte pas l'intégralité de l'acte dans lequel elle figure. Le droit commun de la nullité connaît de longue date ce principe de divisibilité (32) mais il était bon, particulièrement en matière de nullité absolue où des controverses subsistent (33), que le législateur le rappelle expressément. Rappelons toutefois que, comme en droit commun, la divisibilité ne pourra pas jouer si la clause discriminatoire règle un objet essentiel de l'acte concerné. Dans ce cas, la nullité de la clause devrait en principe entraîner la nullité de l'acte entier (34).

11. Annulation ou modification de la clause discriminatoire? Les directives européennes dont les lois belges antidiscriminatoires assurent la mise en œuvre assignent aux législateurs nationaux la mission de prendre les mesures nécessaires pour que soient déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires à l'égalité de traitement (35). Les mesures en question doivent clairement répondre, dans l'esprit du législateur européen, à l'exigence de *mise en conformité* des actes discriminatoires (le terme «conformité» est d'ailleurs utilisé comme intitulé d'article dans le texte des directives).

Le législateur belge a répondu à ces exigences en mettant en place un régime de sanction – la nullité de droit commun – conforme à ce qui se pratique depuis plusieurs années dans les législations antidiscriminatoires. On peut toutefois se

(32) Cass., 13 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 160; Cass., 18 mars 1988, *Pas.*, 1988, p. 868; Cass. 27 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 401; X. DIEUX, «Le contrat, instrument et objet de dirigisme» in *Les obligations contractuelles*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, pp. 265 et s.; P. VAN OMMESELAÏE, «Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause du contrat» in P.-A. FORNIERS (coord.), *Actualités de droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 40.

(33) R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY ET B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenisrecht», *T.P.R.*, 1994, pp. 603 et s.

(34) I. SAMOV ET Y. THIERY, «De wet van 25 februari 2003, eerste kennismaking», *op. cit.*, p. 11. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, dans un tel cas, la règle de divisibilité doit également être appréciée à la lumière de la volonté des parties. On ne pourrait par exemple admettre que dans un contrat où figure une clause discriminatoire portant sur un élément essentiel, la victime de la discrimination soit contrainte de choisir entre le maintien de la clause discriminatoire et l'annulation du contrat entier (C. CAUFFMAN, «Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?», *R.C.J.B.*, 2007, pp. 12 et s.).

(35) Voy. not. l'article 12 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services; l'article 16 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; l'article 14 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

demandeur si le régime de la nullité permettra de rencontrer les objectifs assignés.

Toute la difficulté réside dans le fait que l'on répond à une exigence de *mise en conformité* par un régime de *sanction* qui n'offre peut-être pas suffisamment de souplesse pour y parvenir. En pratique en effet, en fonction du type de disposition discriminatoire rencontré, la nullité de ladite disposition au sens classique du terme (c'est-à-dire sa mise à néant pure et simple (36)) n'assurera pas nécessairement la mise en conformité de l'acte avec les principes d'égalité de traitement (37).

Cette difficulté n'a pas échappé au législateur belge. Les travaux préparatoires indiquent précisément que la nullité ne se traduira pas obligatoirement par une mesure classique de «mise à néant» de la clause discriminatoire: «Il s'agit d'une nullité impérative partielle expresse. Ceci signifie que la sanction de nullité concerne uniquement la distinction discriminatoire et ne touche pas, par conséquent, la disposition discriminatoire complète» (38).

12. Que faut-il penser de ce principe de «nullité impérative partielle expresse» en droit interne? Les travaux préparatoires énoncent que «la nullité impérative partielle expresse est imposée en vertu du droit européen» et se réfèrent à deux arrêts de la Cour de Justice (l'arrêt Defrenne 2 (43/75) du 8 avril 1976 (39) et l'arrêt Coloroll (200/91) du 28 septembre 1994 (40)). Ces deux arrêts portent en réalité sur la question du nivellement par le haut ou par le bas qui doit être appliqué par les états membres lorsqu'ils mettent en œuvre les mesures destinées à remédier aux discriminations en matière de salaire (41) et ne traitent pas du régime des nullités et de son application particulière à la matière des clauses discriminatoires. On ne trouve d'ailleurs aucune référence à la sanction de nullité dans les arrêts concernés.

(36) *Quod nullum est, nullum productum effectum.*

(37) Imaginons par exemple un contrat de travail conclu avec une employée et contenant une clause relative à la rémunération qui fixe un salaire moindre, à conditions égales, que son collègue masculin. On imagine difficilement que la nullité de la clause en question aboutisse à priver de son salaire la victime de la discrimination (précisons toutefois qu'en matière de contrat de travail, on ne risque en tout état de cause pas d'aboutir à une telle situation puisque l'article 14 de la loi du 3 juillet 1978 a précisément pour objectif d'empêcher que la nullité d'un contrat de travail puisse aboutir à priver le travailleur de sa rémunération). Dans le même sens, voy. H. JACQUEMIN, «La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel», in *La nullité des contrats*, *op. cit.*, p. 153.

(38) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 56.

(39) *Recueil de jurisprudence*, 1976, p. 00455.

(40) *Recueil de jurisprudence*, C-200/91, 1994, p. I-4389.

(41) Voy. *infra*.

Les travaux préparatoires font également référence à l'arrêt du 17 janvier 1994 de la Cour de cassation (42). Cet arrêt énonce que «la nullité [d'une disposition dans une Convention collective de travail contenant une discrimination fondée sur le sexe, visée dans l'article 130 de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique], ayant pour seul objectif de rendre inefficace toute clause contenant une discrimination basée sur le sexe, ne peut avoir d'autre effet que celui d'assurer un traitement égal aux travailleurs lésés par une telle discrimination. Elle ne peut conduire à l'atteinte de droits des autres travailleurs» (43). Si l'arrêt règle, encore une fois, une question de nivellement, il fait aussi état d'une nullité qui aurait pour effet non pas de faire disparaître la clause discriminatoire mais de *mettre fin à la discrimination* qu'elle provoque.

La Cour a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt du 20 juin 1994, en énonçant que «la nullité d'une disposition dans une C.C.T. contenant une discrimination fondée sur le sexe, visée dans l'art. 130, de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique ne peut avoir d'autre effet que celui d'assurer un traitement égal aux travailleurs lésés par une telle discrimination. Elle ne peut conduire à l'atteinte des droits d'autres travailleurs» (44).

Envisagée de la sorte, la sanction de nullité permettrait de rencontrer les objectifs poursuivis par les législations antidiscriminatoires. *La nullité aurait pour seul effet de faire disparaître l'aspect discriminatoire, ce qui ne se traduirait pas nécessairement par une annulation pure et simple de la disposition litigieuse.*

On pourrait ainsi imaginer qu'une clause d'un règlement de travail prévoyant des temps de repos plus courts pour les hommes que pour les femmes ne serait pas annulée intégralement mais «partiellement». La nullité consisterait à maintenir les temps de repos mais sans plus faire de distinction entre hommes et femmes.

13. Si conceptuellement, on peut admettre ce principe de «nullité partielle» pour les dispositions qui *dans leur formulation* expriment la discrimination (la nullité suivant alors une logique de suppression – partielle – de la clause consistant à mettre à néant le passage de la disposition qui exprime la discrimination), l'application à des clauses discriminatoires qui ne formulent pas la discrimination par les mots qu'elles contiennent mais par *comparaison* avec les clauses

(42) *Pas.*, 1994, I, p. 50; Cass., 27 janvier 1994, C.D.S., 1994, p. 75.

(43) Traduction libre.

(44) Cass., 20 juin 1994, J.T.T., 1994, p. 473, et note. La position exprimée par la Cour avait déjà été adoptée par la Cour du travail de Liège dans un arrêt du 17 janvier 1990, où il avait été décidé que la nullité d'une disposition résultant de l'article 130 de la loi du 4 août 1978 «ne porte que sur son aspect discriminatoire», J.T.T., 1990, pp. 307-308.

appliquées à d'autres personnes répondant aux mêmes conditions, est plus problématique parce qu'elle appelle une modification purement «intellectuelle» (45).

Ainsi dans notre exemple cité plus haut de la clause fixant le salaire d'une employée féminine dont le caractère discriminatoire n'est pas exprimé dans sa formulation mais résulte de la comparaison avec la clause fixant le salaire accordé aux employés de sexe opposé, la nullité aurait pour effet d'augmenter le montant de la rémunération prévue en faveur de cette travailleuse pour l'aligner sur le salaire de ses collègues masculins. En allant plus loin, on pourrait même imaginer qu'une travailleuse agisse, en tant que tiers intéressé, en nullité absolue d'une clause contenue dans le contrat de travail de son collègue masculin (qui préviendrait par exemple un avantage dont elle ne bénéficie pas) et que cette action en «nullité» aboutisse non pas à annuler la clause en question mais au contraire à la maintenir et à faire figurer une clause similaire dans le contrat de travail de l'employée en question (46).

En clair, le pouvoir du juge de prononcer la nullité se traduirait par une modification, voire un remplacement pur et simple de l'ancienne clause, voire encore par l'insertion d'une clause équivalente dans «le contrat discriminé», ce qui nous éloigne très significativement de l'application «classique» du régime de la nullité absolue consistant en une mise à néant de la clause litigieuse.

Or, si la doctrine est globalement favorable à un assouplissement des modalités de mise en œuvre de la nullité de droit commun, qu'il s'agisse d'y substituer des dommages et intérêts ou de modérer la clause litigieuse (47), il semble plus délicat d'affirmer l'existence d'un principe communément admis selon lequel la sanction de nullité pourrait se traduire *par toute forme de mesure* permettant de rencontrer plus adéquatement que l'annulation l'intérêt des parties ou l'objectif poursuivi par la règle enfreinte.

14. S'agissant de la jurisprudence, s'il est bien entendu trop tôt pour tirer le moindre enseignement de l'application de la nouvelle loi, on peut imaginer que les juges ne seront pas tous enclins à appliquer de manière aussi flexible le régime des nullités. Ce sera d'autant moins le cas s'ils s'en tiennent à la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de nullité absolue. Dans son arrêt du 23 mars 2006, la Cour adopte en effet une position très ferme sur les pouvoirs du juge en la matière: «Lorsque le juge constate la nullité absolue d'une clause

(45) Expression utilisée par C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 428.

(46) Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs que le mécanisme de nullité permet au «groupe défavorisé» de «revendiquer l'avantage du groupe favorisé». (Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 56).

(47) Sur ce sujet, voy. C. CAUFFMAN, *op. cit.*, pp. 428 et s.

d'une convention, il ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties» (48).

Cet arrêt, qui présente toutes les apparences d'une décision de principe, semble mettre à mal une conception extensive des moyens d'action du juge en matière de nullité. Même si, comme le souligne C. CAUFFMAN dans son remarquable commentaire de l'arrêt en question, la position de la Cour peut être nuancée (49), il existe un risque, dans certaines situations, d'un écart conceptuel trop important entre la sanction de nullité prévue par la loi et les mesures qui sont en fait nécessaires pour rétablir l'égalité de traitement. Le principe de nullité impérative partielle expresse, auquel se réfèrent les travaux préparatoires, ne permet pas aujourd'hui de lever toutes les incertitudes à ce propos.

C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que le législateur européen a envisagé dans le texte de la directive que la mise en conformité d'une disposition discriminatoire puisse résulter de la nullité «ou la modification de la clause» (50).

15. Nivellement par le haut ou par le bas? Cette question est bien entendue essentielle en matière de dispositions discriminatoires. Il arrive souvent en effet, particulièrement dans le monde du travail, qu'à la personne désavantagée par la discrimination corresponde une personne qui en tire profit (par exemple l'employeur qui pratique une discrimination entre les femmes et les hommes pour l'octroi d'un bonus de fin d'année).

(48) R.C.J.B., 2007, pp. 422 et s. et note C. CAUFFMAN. La Cour se prononce en l'espèce sur une clause de révision de prix contraire à l'article 57 de la loi de redressement économique («des contrats ne peuvent contenir de clauses de révision de prix que dans la mesure où celles-ci ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximum de 80 % du prix final (...)). Les juges d'appel avaient estimé que la clause était nulle et y avaient substitué une clause comportant une autre formule de révision, conforme à la loi. La Cour de cassation a cassé l'arrêt en estimant que les juges avaient violé les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil. (49) Voy. C. CAUFFMAN, *op. cit.*, pp. 439 et s. Ne peut-on en effet imaginer que «repose sur le consentement des parties», comme l'exige la Cour, la clause de substitution qui exprimerait la règle d'ordre public que protège la nullité? Par ailleurs, les règles d'interprétation ne permettent-elles pas de combler la disparition de la clause litigieuse par une clause conforme à la loi ou aux usages?... Dans un arrêt récent du 12 octobre 2007 (C.05.0520.F, www.juridat.be), la Cour de cassation semble admettre indirectement que l'on puisse annuler partiellement une clause abusive (au sens de la loi sur les pratiques de commerce) et substituer à la partie abusive de la clause la règle de droit impératif applicable.

(50) C'est également la raison pour laquelle le législateur belge fait parfois le choix de mettre en place une option entre la nullité et la modification/adaptation du contrat. Ainsi l'article 86 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (M.B., 9 juillet 1991) autorise-t-il le juge soit à prononcer la nullité du contrat, soit la réduction des obligations de l'emprunteur.

Dans une telle hypothèse, il peut être mis fin à la discrimination aussi bien en supprimant l'avantage pour tous (nivellement par le bas) qu'en l'accordant à tous (nivellement par le haut) (51). Les deux mesures garantissent le principe d'égalité de traitement défendue par les législateurs européens et nationaux.

Les travaux préparatoires tranchent cette question en faisant clairement le choix du nivellement par le haut: «(...) si, via la clause, un certain avantage est accordé en faveur de certains groupes au détriment d'un groupe défavorisé, et que la distinction ainsi faite est discriminatoire, le groupe défavorisé peut revendiquer l'avantage du groupe favorisé».

D'autres facteurs plaident en faveur d'un nivellement par le haut:

- tout d'abord l'impératif «d'effectivité» des sanctions voulu par le législateur européen (52): si la nullité est vue comme une sanction à l'encontre de l'auteur de la discrimination, il semblerait difficilement acceptable qu'elle aboutisse à alléger ses obligations en le déliant de ses engagements à l'égard du groupe favorisé; il faut au contraire obliger l'auteur de la discrimination à faire bénéficier de l'avantage litigieux tous ceux qui auraient normalement dû le recevoir en l'absence de discrimination;
- un mécanisme de nivellement par le bas poserait de nombreux problèmes de conflits avec d'autres normes impératives ou d'ordre public garantissant le maintien, en faveur du groupe «favorisé», des avantages litigieux;
- les jurisprudences belge et européenne se sont clairement prononcées en faveur du nivellement par le haut (53).

(51) S. VAN DROOCHENBROECK, «La non-discrimination dans les rapports entre particuliers: de nouvelles données», *op. cit.*, p. 168.

(52) *Ibid.* Voy. aussi I. VERHELST et I. DE WILDE, «De gevolgen van de antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht», *op. cit.*, p. 448.

(53) Arrêt *Defrenne* 2 (43/75) du 8 avril 1976 (cité par les travaux préparatoires), Recueil de jurisprudence, 1976, p. 00455; cet arrêt porte sur une question préjudicielle posée par la Cour du travail de Bruxelles et relative à l'application de l'ancien article 119 du Traité CE posant le principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs des deux sexes effectuant un même travail (chaque État membre assure l'application du principe d'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail). Selon le considérant 15 de l'arrêt, auquel se réfèrent plus particulièrement les travaux préparatoires, «(...) le rattachement de l'article 119 au contexte de l'égalisation des conditions de travail dans le sens du progrès permet d'écarter l'objection tirée de ce que cet article pourrait être respecté autoremment que par un relèvement des salaires les moins élevés»; Arrêt *Coloroll* (200/91) du 28 septembre 1994 (également cité par les travaux préparatoires), Recueil de jurisprudence, C-200/91, 1994, p. I-4389; cet arrêt traite également de l'application de l'ancien article 119 du Traité CE. Les travaux préparatoires de la loi se réfèrent au considérant .../...

III. Les effets de la sanction

16. Effets de la nullité dans le temps. La nullité opère en principe (54) *ex tunc*: elle rétroagit au jour de la formation du contrat (55). La disposition discriminatoire annulée ne peut donc plus produire le moindre effet (*quod nullum est, nullum producit effectum*) (56), ce qui signifie concrètement, si l'on se place dans la conception flexible des modalités de mise en œuvre de la nullité en matière de discrimination, que le caractère *discriminatoire* de la disposition litigieuse doit disparaître *ab initio*.

Le caractère rétroactif de la nullité a pour conséquence que les parties sont tenues d'obligations de restitutions réciproques (57). L'obligation de restitution est soumise au droit commun des obligations (58), et en particulier au principe de la primauté de l'exécution en nature (59). Si l'on imagine par exemple que la disposition discriminatoire a eu pour effet de priver la victime du bénéfice d'une chose de genre, l'auteur de la discrimination sera tenu de lui délivrer une chose

de genre de même qualité et en même quantité. Lorsque la restitution en nature n'est pas ou plus possible, le créancier obtiendra une exécution par équivalent, représentée par la contre valeur de ce qui aurait dû être restitué (60).

La victime de la discrimination aura par ailleurs droit à des dommages et intérêts pour la partie de son dommage que la seule restitution ne parviendrait pas à réparer.

17. Effets de la nullité à l'égard des tiers. La nullité sort ses effets *erga omnes*. La disparition de la discrimination et ses conséquences sont donc opposables aux tiers. S'agissant des effets internes en revanche, ceux-ci restent cantonnés aux parties liées par l'acte individuel ou collectif concerné (61). Il en résulte notamment que la nullité des dispositions discriminatoires figurant dans des conditions générales, des polices d'assurance, ou toute autre forme de document rédigé de manière uniforme mais liant de manière individuelle chacun des adhérents ne bénéficiera qu'au demandeur en nullité.

§ 2. LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS FORFAITAIRES

18. La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination instaure, à côté de la sanction de nullité, un système qualifié de réparation «forfaitaire» du préjudice, contractuel ou extracontractuel, encouru par une personne victime d'une discrimination.

De l'aveu du législateur, une telle indemnisation est «totale et inusuelle dans le droit belge de la responsabilité» (62). On s'étonnera dès lors qu'elle n'ait fait l'objet que de peu de discussions lors de l'élaboration de la loi. La doctrine n'a pas été beaucoup plus prolifique jusqu'à l'heure actuelle (63). Nous tenterons donc, dans les limites de cette contribution, d'en dessiner les contours et de formuler quelques observations.

(60) Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370; Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 136.
(61) Par exemple la nullité d'une disposition discriminatoire d'un règlement de travail ou d'une convention collective de travail. En ce qui concerne les conventions collectives de travail, l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968 (*M.B.*, 15 janvier 1969) sur les conventions collectives et les commissions paritaires prévoit expressément que les clauses qui y figurent constituent également des clauses individuelles supposées figurer dans chaque contrat de travail.

(62) Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 27.

(63) Voy. cependant B. WEYTS, «Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen in Discrimination, differentiatie van mannen/vrouwen en verzekeringen», dossier spécial du Bulletin des assurances, n° 13, 2007, p. 7 et spéc. p. 18; Y. THIERY, «Verzekering en de (re)voluitie van het geslachtsdiscriminatierecht» in *Discrimination, differentiatie van mannen/vrouwen en verzekeringen*, *op. cit.*, p. 20 et spéc. p. 52.

...

30, selon lequel «Pour les périodes d'emploi accomplies entre la constatation de la discrimination par la Cour et l'entrée en vigueur des mesures destinées à l'éliminer, la mise en œuvre correcte du principe de l'égalité des rémunérations exige l'octroi aux travailleurs défavorisés des mêmes avantages que ceux dont bénéficiaient les autres travailleurs. En revanche, pour les périodes d'emploi postérieures à l'entrée en vigueur desdites mesures, l'article 119 du traité ne s'oppose pas à ce que l'égalité soit rétablie par la réduction des avantages dont bénéficiaient les travailleurs privilégiés». Voy. également les décisions citées par J. HOFKENS et S. DEMESTRAE, *Discriminatie in arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer 2003, p. 135. Les arrêts de la Cour de cassation du 17 janvier 1994 (*Pas.*, 1994, I, p. 50), du 27 janvier 1994 (*C.D.S.*, 1994, p. 75) et du 20 juin 1994 (*J.T.T.*, 1994, p. 473, note), présentés plus haut, vont dans le même sens.

(54) Il reste que ce principe rétroactif connaît des exceptions en matière de contrats communément appelés «à prestations successives». L'idée générale est que ce type de contrat, habituellement caractérisé par une exécution échelonnée dans le temps, ne permet pas d'envisager les restitutions réciproques qu'entraînerait la résolution *ex tunc*. Sur ce sujet, voy. not. P.-A. FORIERS, «Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive» in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 259.

(55) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. 2, n° 814 et s.; Cass., 21 mai 2007, C.06.0140.N, *www.juridat.be*.

(56) T. STAROSSELETS, «Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc*», *R.G.D.C.*, 2003, pp. 67 et s.

(57) Cass., 4 juin 2004, C030408F, *www.juridat.be*. Le fait que la restitution soit une conséquence automatique de la nullité ne signifie pas que le juge règlera automatiquement la question (Cass., 21 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, 432). Le demandeur en nullité sera donc avisé de solliciter expressément du juge de se prononcer sur les conséquences de la nullité, afin de disposer immédiatement d'un titre exécutoire.

(58) Voy. à ce sujet T. STAROSSELETS, «Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc*», *op. cit.*, pp. 67 et s.

(59) P. VAN OMMESELAERE, «Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982)», *R.C.J.B.*, 1986, p. 197.

19. L'article 18 de cette loi dispose que:

«§ 1er. En cas de discrimination, la victime peut réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

Dans les circonstances ci-après visées, la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, soit à une somme forfaitaire fixée conformément au § 2, soit au dommage réellement subi par la victime. Dans ce dernier cas, la victime doit prouver l'étendue du préjudice par elle subi.

§ 2. Les dommages et intérêts forfaitaires visés au § 1er sont fixés comme suit:

1° Hors l'hypothèse visée ci-après, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 euros; ce montant est porté à 1.300 euros dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telles que la gravité du préjudice moral subi;

2° Si la victime réclame l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi du fait d'une discrimination dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale, l'indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute, à moins que l'employeur ne démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination; dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation forfaitaire pour le préjudice matériel et moral est limitée à trois mois de rémunération brute; si le préjudice matériel résultant d'une discrimination dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale peut néanmoins être réparé par le biais de l'application de la sanction de nullité prévue à l'article 15, les dommages et intérêts forfaitaires sont fixés selon les dispositions du point 1°.

20. *Ratio legis.* Deux raisons ont conduit le législateur à introduire ce mode d'indemnisation forfaitaire dans notre droit.

Il s'agit tout d'abord de permettre à toute victime d'une discrimination d'obtenir une réparation effective du préjudice matériel et moral subi du fait d'une discrimination, en dépit des problèmes de preuve inhérents à de telles actions. Il faut également éviter la généralisation de l'octroi d'un euro symbolique en guise de réparation du préjudice moral (64).

(64) Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 26-27.

Il s'agit ensuite d'écourter les débats sur le montant de l'indemnisation de manière à permettre au juge de la cessation d'ordonner la réparation du dommage (65).

On peut ainsi lire dans les travaux préparatoires que «dans le système actuel, et à la lumière des données jurisprudentielles d'ores et déjà disponibles, il apparaît que, dans la plupart des cas, l'application du droit commun de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle n'offre pas à la victime la possibilité d'obtenir une réparation effective du préjudice par elle subi. La perspective d'une indemnisation satisfaisante est tout à la fois faible et lointaine» (66).

Le législateur donne l'exemple de la personne qui se voit refuser la location d'un immeuble pour des motifs discriminatoires: «Aux fins de faire constater la discrimination qu'elle a subie, elle agit en cessation. À supposer même qu'il constate l'existence de la discrimination vantée, les pouvoirs du juge de la cessation seront extrêmement limités. Il ne pourra contraindre le propriétaire à entrer dans les liens du bail: le principe de l'autonomie de la volonté s'y oppose. Il ne pourra *a fortiori* prononcer la nullité du bail que le propriétaire aurait par ailleurs conclu avec un autre locataire. Enfin, il ne pourra pas davantage condamner le propriétaire à indemniser le candidat-locataire malheureux: le législateur du 25 février 2003 s'est sur ce point rallié à l'idée qu'il ne convenait pas de confier à la juridiction présidentielle la question de l'indemnisation, au motif que l'engagement de débats relatifs à l'évaluation des dommages ne serait pas compatible avec la célérité de la procédure 'comme en référé'. Par conséquent, la victime devra engager une procédure distincte, au fond, aux fins d'obtenir l'indemnisation du préjudice par elle subi. Or, il est peu probable que l'indemnisation qui lui sera offerte au terme de ce long parcours procédural sera substantielle. À titre de dommage moral, les juridictions belges auront en effet tendance à lui offrir l'euro symbolique. Quant au dommage matériel, il sera bien souvent très difficile à prouver: tout au plus sera-t-il possible de plaider 'la perte d'une chance'» (67).

21. **Le régime d'indemnisation forfaitaire – droit commun** (68). En droit commun, la victime d'une faute contractuelle ou extracontractuelle a droit à la

(65) *Ibid.*

(66) *Ibid.*

(67) *Ibid.*

(68) Sur les principes d'évaluation du dommage corporel en droit commun, le lecteur consultera utilement les sources suivantes: R.-O. DALCO et G. SCHAMPS, «Examen de jurisprudence (1987-1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle», *R.C.J.B.*, 1995, p. 737; B. DE TEMMERMAN, «Recente cassatierechtspraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003)», *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.763; J.-L. FAGNART et R. BOGAERT, *La réparation du dommage corporel en droit commun*, Bruxelles, Larcier, 1994 et son complément de 1996; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, col. Les dossiers du JT, 1997, spéc. p. 87; J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, o.f.m., Kluwer dont plusieurs fascicules sont consacrés à cette matière.

réparation intégrale de son dommage (69), tant matériel que moral (70). Il convient en effet de replacer la victime, autant que faire se peut, dans la même situation que celle qu'elle aurait connue si la faute n'avait pas été commise. L'appréciation doit donc avoir lieu *in concreto* (71). La réparation interviendra en nature ou, si cela s'avère impossible, par équivalent (72).

C'est à la victime qui réclame la réparation de son préjudice de rapporter la preuve, non seulement de son existence, mais également de son étendue. Dans un tel système, il est fréquent qu'un préjudice, une fois démontré, ne puisse faire l'objet d'une évaluation précise. Ainsi en va-t-il, par exemple, du préjudice moral (73). Dans ce cas, l'évaluation du dommage aura lieu en équité, *ex aequo et bono* (74), et la réparation prendra la forme d'un forfait.

La décision du juge doit être motivée. Le juge «ne peut recourir à l'évaluation *ex aequo et bono* du dommage subi par la victime que s'il donne les raisons pour lesquelles d'une part les éléments d'évaluation proposés par une partie doivent être rejetés, et s'il constate d'autre part l'impossibilité de déterminer autrement le montant exact de ce dommage en l'absence d'éléments certains d'appréciation» (75).

Ainsi, «la plupart des juges éprouvent les pires difficultés dès qu'il s'agit d'évaluer des préjudices qui ne sont pas directement évaluable en argent, tels que la

(69) Cass., 15 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 875; Cass., 12 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 569; Cass., 23 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1406; Cass., 13 avril 1995, *Larc. Cass.*, 1995, n° 542.

(70) Voy. Cependant les critiques formulées *infra* concernant la transposition de ce principe au dommage non économique.

(71) Ainsi que l'écrit Y. JEANMART, «Apprécier *in concreto* signifie par exemple qu'il y a lieu pour le juge du fond non seulement de décrire les séquelles, mais encore de faire apparaître en quoi cette atteinte à l'intégrité physique constitue un handicap dans l'exercice d'activités soit professionnelles, soit privées. Le juge ne peut se borner à des considérations purement formelles, l'indemnité doit être calculée non à partir de raisonnements abstraits, mais à partir de la réalité concrète» («Questions spéciales relatives à l'évaluation des dommages», Rapport présenté à la journée d'étude «Roulage: responsabilité assurance» organisée le 26 avril 1985 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1985, p. 113).

(72) Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 495; Cass., 21 avril 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 392; Cass., 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 67.

(73) Voy. J. SCHRYVERS, «Évaluation et réparation des préjudices extrapatrimoniaux», *R.G.A.R.*, 1993, n° 12.168; M. VANDERWECKE, «Dommages moraux et expertise médicales», *R.G.A.R.*, 1993, n° 12.136.

(74) Selon R.-O. DALCO et Fr. GLANSDORFF, «La méthode de l'évaluation *ex aequo et bono*... consiste le plus souvent à apprécier le dommage sur la base d'une évaluation moyenne de ce qui sera le préjudice minimum» (Examen de jurisprudence, 1973-1979, n° 110, *R.C.J.B.*, 1981, p. 122).

(75) J.-L. FAGNART, «La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1968-1975, J.T., 1976, p. 616, n° 129 et jurisprudence citée.

diminution de valeurs humaines telles que souffrances, angoisses, peines ou atteinte à l'esthétique. Étant donné que ces mêmes juges ne disposent en général que de solutions financières pour assurer réparation du préjudice, la tentation est forte d'uniformiser les valeurs et d'exprimer la réalité de n'importe quel type de perte en argent» (76).

Afin d'éviter une trop grande disparité dans les montants alloués en réparation de préjudices similaires, un tableau indicatif a été établi à l'initiative de l'Union royale des juges de paix et de police afin de donner un aperçu des postes de dommage les plus courants. Cet outil est censé aider le juge lorsqu'il est confronté à un cas d'indemnisation *ex aequo et bono* où l'on attend de lui qu'il prenne une décision purement arbitraire (77).

Le tableau n'en demeure pas moins indicatif et non contraignant. Le juge peut y confronter son point de vue mais son pouvoir final d'appréciation demeure intact (78). Le dommage doit en effet toujours être apprécié *in concreto*, même dans le cas d'une indemnisation *ex aequo et bono*, de sorte que la victime pour autant que possible, soit replacée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée sans la survenance de l'accident (79).

En droit commun, le forfait possède donc une nature indemnitaire et suffit à réparer intégralement le dommage (80).

Ainsi que nous allons l'observer, la loi du 10 mai 2007 vient bousculer quelque peu ces principes.

(76) J. VIAENE, J. VAN STEENBERGE et D. LAHAYE, «Schade aan de mens», Anvers, Maarten Kluwer, 1975-1976.

(77) Voy. la quatrième édition du tableau publiée in *Monde de l'assurance*, juin 2004, document n° 2. Voy. A. BOVEN, «Forfaitaire vergoedingen en de (privé) indicatieve lijst», *Bull.ass.*, 2002, p. 55; M. BURTON, «Quelques aspects du nouveau tableau indicatif in *Le tribunal de police en mouvement*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 2002, p. 71; D. DE CALLATAY, «Sombre tableau, noir dessin. Examen critique du tableau indicatif des dommages et intérêts forfaitaires», *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.641; D. DE CALLATAY, «Observations», *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.455; J.-F. MAROT, «Tableau indicatif et incapacité permanente», *CRA-VAV*, 2005, p. 134.

(78) Notons également qu'au niveau européen, les travaux avancent sur l'élaboration d'un barème médical d'évaluation du dommage corporel, voy. P. LUCAS (dir.), *Guide barème européen d'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique et psychique par la Confédération européenne d'experts en évaluation et réparation du dommage corporel*, Louvain-la-Neuve, Anthémis-L.G.D.J., 2006; M. MATAGNE et M. VANDERWECKE, «Considérations relatives au projet de guide-barème européen», *R.G.A.R.*, 2005, n° 13.960.

(79) Voy. la critique de ce principe, *infra*.

(80) Voy. A. NAVEAU, P. DUMONT et M. FIEN, «Rente-capitalisation-forfait. Le poids des idées, le choc des méthodes in *Préjudices extra-patrimoniaux: vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation*, op. cit., p. 183, spéc. pp. 204-205.

22. Le régime d'indemnisation forfaitaire – la loi du 10 mai 2007. La loi du 10 mai 2007 distingue deux situations. Après avoir énoncé un principe prévalant pour toute discrimination entrant dans son domaine d'application, elle réserve un sort particulier à la sanction civile d'une discrimination commise dans le cadre des relations de travail.

En principe, lorsqu'une discrimination est constatée dans l'un des domaines d'application de la loi, la victime peut réclamer une réparation forfaitaire de 650 euros. Ce montant est doublé «dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telles que la gravité du préjudice moral subi» (81).

Il faut toutefois observer que ce forfait n'est destiné qu'à la réparation du préjudice moral souffert et non du préjudice matériel dont la réparation reste soumise au droit commun de la responsabilité.

Par exception, lorsque la discrimination survient dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale, le législateur fixe forfaitairement à six mois de rémunération brute l'indemnisation du préjudice à la fois matériel et moral subi par la victime (82).

L'employeur peut toutefois réduire de moitié cette indemnité s'il parvient à démontrer que «le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination» (83).

À la suite d'un amendement, il a été décidé que ce forfait de trois à six mois de rémunération ne pouvait être cumulé avec la sanction de nullité prévue à l'article 15 de la loi, au motif que la sanction de nullité permet en principe d'obtenir l'exacte réparation du préjudice matériel subi de sorte que seul subsiste dans une telle hypothèse la possibilité de réclamer l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral (forfait de 650 à 1.300 euros) (84).

(81) Art. 18, § 2, 1^o.

(82) Art. 18, § 2, 2^o.

(83) *Ibid.*

(84) *Ibid.* Voy. l'amendement n° 4 de M. BORGINON et consorts, *Doc.parl.*, Chambre repr., sess. ord., 2006-2007, n° 2722/003, pp. 3 et 4 («(...) dans certains cas de discrimination dans le cadre des relations de travail ou dans le cadre des régimes complémentaires de sécurité sociale, le préjudice matériel résultant de cette discrimination peut être constaté, chiffré et réparé de manière relativement simple. C'est le cas lorsque ce dommage matériel peut être réparé par le biais de la sanction de nullité (et la mise à niveau qui y est liée de l'avantage non accordé au groupe discriminé). Par exemple, lorsqu'il y a eu discrimination en matière de rémunération dans une convention collective de travail, le travailleur discriminé peut en effet sur la base de la sanction de nullité, réclamer l'avantage qui lui a été refusé, ce qui permet .../...»).

23. Le forfait alternatif et non impératif. Alors qu'en droit commun, nous l'avons dit, l'indemnisation forfaitaire ne peut intervenir que de façon tout à fait «subsidaire», lorsque le juge estime devoir rejeter les autres méthodes d'indemnisation qui lui sont proposées par les parties, la loi du 10 mai 2007 introduit le principe du forfait «alternatif».

Ceci n'a toutefois, à notre avis, rien de heurtant au regard des principes, ainsi que nous allons l'examiner au point suivant.

24. Le forfait indemnitaire et non punitif. Le forfait n'est tout d'abord destiné qu'à permettre, en principe, la réparation d'un dommage moral, par définition impossible à apprécier en argent.

Pour reprendre la formule du Professeur FAGNART, «Comment évaluer en argent, ce qui n'a pas de prix?» (85), et celle des Professeurs VINEY et JOURDAIN, «la réparation au sens strict est le plus souvent impossible» (86). Il est donc probable qu'en droit commun, ce préjudice aurait également été évalué selon une méthode de forfaitaire.

Si, *per se*, le mécanisme du forfait n'est pas heurtant, il est toutefois tentant d'objecter que la fixation d'un forfait identique, universel, coulé dans les termes mêmes d'une loi contrevient à l'évaluation *in concreto* du dommage moral. Et l'option ouverte à la victime entre le droit commun et le forfait ne suggère-t-elle pas que le forfait constitue une réparation partielle et non intégrale du dommage?

Ces objections – qui ont fait jour dans les mêmes termes en droit commun concernant la réparation des préjudices non économiques – nous paraissent devoir être relativisées. Nous rejoignons en cela l'opinion d'éminents auteurs selon lesquels «il suffit de réfléchir quelques secondes pour comprendre que réparer intégralement par de l'argent ce qui n'a pas de correspondant pécuniaire, ne veut strictement rien dire» (87). La violation du principe de la réparation est «inévitabile».

.../... une réparation complète du préjudice matériel subi à la suite de la discrimination. Dans les cas où le préjudice matériel peut être réparé grâce à la simple application de la sanction de nullité, il est également souhaitable que le travailleur soit indemnisé de cette façon en ce qui concerne le préjudice matériel. En pareil cas, le travailleur discriminé aura toujours le choix de réclamer l'indemnité forfaitaire pour préjudice moral (d'un montant de 650 euros/1.300 euros)...

(85) J.-L. FAGNART, «Définition des préjudices non économiques» in *Préjudices extra-patrimoniaux: vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 16 septembre 2004*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 2004, p. 34.

(86) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 3.

(87) *Ibid.*, p. 279.

ble» (88). L'évaluation exacte, et *in concreto*, du préjudice moral ne relève-t-elle pas de «l'utopie» (89)? Et comment pourrait-on apprécier individuellement l'indemnisation du dommage moral qui sera souffert par les victimes d'une discrimination selon les sensibilités de chacune d'elles (90)? L'appréciation *in concreto*, tout comme le principe de la réparation intégrale, paraissent n'être que des leurreurs lorsque l'on tente de transposer ces principes à l'évaluation d'un préjudice non économique. Une telle appréciation s'avère être «très largement irréaliste» (91). Il ne paraît donc pas sot d'affirmer comme le fit le législateur qu'«en fixant dans la loi elle-même un montant déterminé de dommages moraux, on se borne à substituer l'arbitraire du législateur à l'arbitraire du juge» (92). Relevons cependant que la barémisation est loin de faire l'unanimité et que des voix s'élèveront plus que probablement à l'encontre d'un barème figé dans la loi (93).

À ce sujet, la fixation du montant par la loi ne risque-t-elle pas, en certaines circonstances, et à l'inverse de l'objection précédente, d'excéder le préjudice réellement subi? Le forfait ne peut-il s'analyser comme une introduction dans notre droit de la responsabilité civile des *punitive damages* que l'on rencontre dans d'autres systèmes juridiques (94)? La lecture des raisons ayant motivé ce choix pourrait le donner à penser puisque le législateur a souhaité éviter la généralisation de l'octroi d'un euro symbolique (95). Il faut toutefois rappeler que les tra-

(88) X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 296, n° 240.

(89) Voy. J.-L. FAGNART, «Définition des préjudices non économiques», *op. cit.*, p. 35.

(90) Ainsi que l'écrit E. RIXHON et N. SIMAR, «Il est... particulièrement difficile de sonder les reins et les cœurs et d'y ajuster l'indemnité réparatrice» («Introduction: analyse critique du système d'évaluation et d'indemnisation en vigueur – enjeux de la réflexion» in *Préjudices extra-patrimoniaux: vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation*, *op. cit.*, p. 10).

(91) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 271.

(92) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 27.

(93) Voy. p.e. E. RIXHON et N. SIMAR qui écrivent que «toute barémisation, si elle comporte parfois des conséquences heureuses sur une solution rapide et économique d'un conflit en matière de réparation du préjudice corporel, doit être bannie lorsqu'elle en devient systématique et n'assure qu'un confort intellectuel primaire aux différents intervenants de la réparation dudit préjudice et ce, en méconnaissance de l'article 1382 du Code civil...» («Introduction: analyse critique du système d'évaluation et d'indemnisation en vigueur – enjeux de la réflexion», *op. cit.*, p. 20).

(94) Voy. sur cette notion, J. HEBBORS, «De punitive vergoeding in het Engelse en het Amerikaanse recht van de onrechtmatige daad en van de contracten» in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, La charte, 2001, p. 141 et les nombreuses références citées. En droit belge, il est possible d'identifier une application – très prudente – d'un tel système dans la loi du 28 février 1882 sur la chasse qui dispose, dans un article 7bis, que «Les indemnités pour dommages causés par les lapins aux fruits et récoltes seront portées au double» (*M.B.*, 3 mars 1882).

(95) Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 26-27.

vaux préparatoires précisent clairement le souci du législateur d'organiser la *réparation effective* du préjudice subi plutôt que la répression des attitudes et comportements discriminants (96). Les montants retenus, relativement modiques, plaident également en ce sens. Enfin et surtout, pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment, il nous semble qu'il sera à jamais impossible de déterminer si l'indemnité fixée par la loi est susceptible d'excéder le préjudice moral subi. Une telle affirmation serait absurde. Nous croyons dès lors, pour notre part, que la réparation forfaitaire introduite par la loi du 10 mai 2007 ne peut s'analyser en dommages et intérêts punitifs mais qu'elle conserve bien au contraire, dans l'esprit du législateur, un caractère indemnitaire conforme aux principes admis de notre droit de la responsabilité civile (97).

S'agissant à présent des discriminations constatées dans le cadre des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale, faut-il s'étonner, ou s'émouvoir, de la réparation forfaitaire proposée par le législateur? Nous ne le pensons pas. Si les forfaits sont qualifiés d'«exorbitants» (98) par le législateur lui-même, et ceci, en raison de «l'impact social important que la discrimination dans les relations de travail implique» (99), il faut toutefois relever que le législateur a également pris le soin de préciser expressément qu'«à ce niveau, l'essence du système proposé demeure indemnitaire et non purement et simplement punitive» (100). Par ailleurs, il faut observer qu'en cette matière très particulière, le forfait «trouve sa légitimation explicite (...) dans la jurisprudence européenne de la Cour de Justice et dans la pratique qui consiste à sanctionner, en général, les violations des protections contre le licenciement nationales par le paiement d'une compensation correspondant à 6 mois de salaire» (101).

25. Considération finale: la portée exacte du forfait. À côté du régime de réparation des dommages prévu par le droit commun de la responsabilité, la loi

(96) Selon l'exposé des motifs, la forfaitisation «offrait à la victime une perspective d'indemnisation effective en lieu et place des Euros symboliques» (*op. cit.*, p. 27).

(97) Comp. X. PRADEL, «On peut peut-être voir à travers l'indemnisation du préjudice moral une peine privée. Mais l'important n'est pas là. Il suffit que la responsabilité civile ait respecté sa fonction principale qui est celle d'indemniser. Or la victime a reçu une satisfaction de remplacement. C'est cela l'essentiel. La peine privée n'est qu'une caractéristique supplémentaire qui se présente parfois dans les jugements de responsabilité civile» (*Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 118, n° 99).

(98) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 60.

(99) *Ibid.*

(100) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 28.

(101) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 60. Cette légitimité doit se comprendre au regard du principe de droit européen de l'équivalence des sanctions selon lequel la protection juridique qui est offerte par un État membre au citoyen lors de la violation des normes européennes doit être équivalente par rapport à la protection juridique qui est prévue pour les violations des normes purement nationales (voy. C.J.C.E., arrêt *Draehmpaehl*, C-180/95, 22 avril 1997, considérant 29).

offre aux victimes la possibilité de choisir un mode alternatif de réparation forfaitaire de leur dommage.

Ce choix appartient à la victime et à elle seule. En effet, l'article 18, § 1er, précise clairement que «la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, soit à une somme forfaitaire fixée conformément au § 2, soit au dommage réellement subi par la victime». Il ne semble ainsi pas que le débiteur de la réparation, ni le juge, ne puisse contraindre la victime à agir en droit commun.

Le forfait fixé par la loi apparaît dès lors comme un droit dont la victime peut, une fois la démonstration de la discrimination faite, se prévaloir. Ceci est vrai sans qu'il soit requis que la victime ne doive démontrer ni l'étendue, ni même l'existence de son préjudice. Celui-ci est présumé du seul fait de la commission d'une discrimination. L'intérêt du régime ainsi introduit paraît dès lors se situer au niveau de la charge de la preuve.

À la manière d'une clause pénale, la loi détermine par avance le montant des dommages et intérêts qui seront dus par le contrevenant à la victime d'une discrimination, dispensant celle-ci de démontrer l'existence et l'étendue de son préjudice, dans les limites qu'elle détermine.

La forfaitisation – en ce qu'elle conserve un caractère indemnitaire – apparaît en ce sens comme «une révolution plus apparente que réelle» (102). Et ceci d'autant plus que la victime conserve, en toute hypothèse, la faculté de fonder son action en droit commun, à condition bien naturellement d'en supporter les affres (103).

CONCLUSIONS

26. Les sanctions civiles sont appelées à jouer un rôle déterminant dans l'application des lois antidiscriminatoires du 10 mai 2007. Elles doivent garantir l'efficacité des interdictions mises en place dans le respect des directives européennes qui appellent de leurs vœux des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Pour atteindre cet objectif, assurément délicat compte tenu du caractère innovant des législations adoptées, le législateur a jeté son dévolu sur deux sanctions civiles qu'il nous a été donné de commenter.

27. La première est une sanction classique, bien connue en droit belge, et fréquemment mise en œuvre dans les législations modernes, impératives ou d'or-

dre public, qui concrétisent l'intervention progressive de l'État dans les relations contractuelles civiles et commerciales: la nullité des clauses contractuelles contraires aux prescriptions légales. On saluera le choix ainsi opéré, en vertu d'un principe d'économie, de recourir à l'une des sanctions offertes par le droit commun. On peut cependant s'interroger sur le rôle assez neuf que la nullité sera amenée à jouer en matière de lutte contre les discriminations. Comme nous l'avons vu, la sanction devra bien souvent, pour atteindre son objectif qui est de mettre fin à la discrimination en appliquant un nivellement par le haut, s'écarter significativement du mécanisme classique de nullité. C'est donc au prix d'une distorsion parfois très importante de la figure de la nullité que le juge parviendra à mettre en œuvre la sanction voulue par le législateur. Il n'est pas certain que la jurisprudence fasse preuve d'une unanimité flexibilité à cet égard, ce qui conduira peut-être le législateur à devoir préciser la portée exacte de la sanction mise en place.

28. À l'inverse de l'observation précédente, le législateur a introduit dans notre ordre juridique une autre sanction, qui présente toutes les apparences d'une révolution eu égard aux principes sur lesquels repose notre droit de la responsabilité civile, à tout le moins extraccontractuelle: les dommages et intérêts forfaitaires. L'examen révèle toutefois, par un antagonisme presque parfait avec ce qui vient d'être dit concernant la nullité, qu'il n'en n'est rien. Et le législateur ne nous paraît pas s'être trompé en affirmant que la révolution était plus apparente que réelle sur ce point.

29. Nous croyons donc, au terme de cette étude, que la révolution ne se situe pas là où, après une première lecture de la loi, nous aurions été enclins à la situer. La nullité est certainement appelée à susciter débats et réflexions là où les dommages et intérêts forfaitaires devraient pouvoir faire l'objet d'une application rigoureuse selon un système minutieusement réglé par la loi. En définitive, qu'importe cette polarisation si ces sanctions jouent en définitive pleinement leur rôle. Ce qui nous paraît tout à fait envisageable, moyennant, il est vrai, un léger correctif concernant le régime de nullité.

(102) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 28.

(103) *Ibid.*