



Paris, le 31 octobre 2013

Avis du Défenseur des droits n° 13-10

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 31 octobre 2013 par la Commission des Lois du Sénat sur la proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités et la proposition de loi organique relative au Défenseur des droits ;

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

Avis du Défenseur des droits
sur la proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de
discrimination et de lutte contre les inégalités et la proposition de loi organique
relative aux pouvoirs du Défenseur des droits

Le Défenseur des droits est favorable à l'introduction dans notre droit d'un dispositif d'action de groupe ou de recours collectif en matière de lutte contre les discriminations. Cependant, la proposition de loi n°811 déposée au Sénat le 25 juillet 2013, doit, en l'état de sa rédaction, être approfondie afin d'être complétée par des dispositions relatives aux modalités procédurales du dispositif et à certains ses aspects techniques.

1) Enjeu et intérêt de l'introduction d'un dispositif de recours collectif en matière de lutte contre les discriminations.

L'introduction dans le droit judiciaire procédural français d'un dispositif de recours collectif représente une évolution considérable, qui remettrait en cause plusieurs fondements du droit judiciaire car elle permettrait de passer d'une approche individuelle de la réparation au bénéfice d'une victime, qui se limite à des effets symboliques pour les tiers, à une approche collective du litige en faveur de l'ensemble des victimes se trouvant dans une situation similaire.

Aujourd'hui, le traitement au cas par cas de situations collectives dans lesquelles une victime parmi d'autres ose aller devant les tribunaux a finalement peu d'incidences financières pour le mis en cause puisque chaque jugement n'a d'effet qu'entre les parties (la victime et le mis en cause). Ainsi, indépendamment d'un éventuel enjeu d'image, il reste économiquement plus « rentable » de maintenir des inégalités de situation dont la correction aurait un coût économique substantiel, dès lors que les poursuites restent éventuelles et isolées, sont traitées au cas par cas n'engendrent au final qu'un impact économique minimal.

A partir des exemples étrangers, on constate que le recours collectif a permis de donner une réponse judiciaire effective à des faits dont l'enjeu financier individuel n'aurait pas justifié l'initiation d'un recours par le justiciable. Il a également facilité l'accès au droit dans des domaines techniques où l'ensemble des victimes n'avait pas les capacités d'expertise ou financières pour entreprendre un recours. Il a encore permis de réguler des matières où le particulier apparaissait très faible face aux moyens déployés par le défendeur.

Enfin, face à une situation qui ferait l'objet d'une « série contentieuse », emportant un nombre important de dossiers à juger les uns derrière les autres, le recours collectif permet aux juridictions de rationaliser l'administration de la justice et de traiter au mieux le volume potentiel d'un contentieux de masse.

L'approche collective permet aussi de donner une nouvelle dimension aux questions soulevées dans un litige car, outre qu'elle offre la possibilité de régler la situation de toutes les victimes, par là même, elle emporte des solutions portant des enjeux financiers significatifs pour le mis en cause.

Le risque économique encouru par ce dernier l'incite à régler une situation collective de discrimination. Il en résulte que le recours collectif est un outil d'accès au droit efficace : un seul recours pour toutes les victimes, susceptible de déboucher sur des réparations et, corrélativement, une remise en cause des pratiques discriminatoires, l'intérêt économique commandant de les faire cesser.

Cependant, et c'est particulièrement notable en droit français, il ne peut s'agir que d'un procédé judiciaire dérogatoire aux règles habituelles de procédure civile, dont certaines exigences

techniques doivent être assurées pour protéger les victimes et les mis en cause. En effet, si le jugement produit un effet au-delà des parties (au sens traditionnel du terme), il ne faut pas perdre de vue que :

- le demandeur peut perdre, auquel cas l'échec sera opposable à tous ;
- le risque d'instrumentalisation économique du dispositif vis-à-vis des victimes et des défendeurs est significatif : il ne doit donc être utilisé que pour traiter de situations réellement collectives dans un cadre offrant toutes les garanties de rigueur aux parties.

Ce type de recours requiert donc la mise en place d'une procédure de qualification, qui soit fondée sur des critères précis quant à la compétence du demandeur, au sérieux de la réclamation et à la portée précise de l'objet du litige, pour identifier le groupe et vérifier le caractère effectivement collectif des questions soulevées¹.

Dans sa forme anglo-saxonne, le recours collectif est un outil de procédure qu'une personne physique peut utiliser afin de faire valoir un droit qui lui est propre, et par la même occasion, les droits des membres d'un groupe qui sont dans une situation identique, similaire ou connexe. Il comporte généralement trois étapes : l'autorisation du recours, suivie du recours au fond puis de l'exécution de la décision au bénéfice de chaque membre du groupe qui choisit de s'en prévaloir.

L'étape de l'autorisation est celle dont dépend la dimension collective du recours portant tous les enjeux économiques pour le Défendeur. Elle est critique et débattue avec force, mais elle garantit aux parties de ne pas s'engager dans une bataille surdimensionnée par rapport au sérieux des allégations en demande et la dimension réellement collective des questions soulevées.

2) Observations relatives au dispositif envisagé par la proposition de loi sénatoriale.

Concernant la proposition de loi sénatoriale qui fait l'objet de cette audition, celle-ci appelle à ce stade plusieurs observations.

En premier lieu, nous nous interrogeons sur la **cohérence des trois textes** portés à notre connaissance **qui traitent d'action de groupe ou de recours collectif**, à savoir le projet de loi sur la consommation, qui vient de faire l'objet d'un vote en première lecture dans les deux chambres, la proposition de loi sénatoriale, à propos de laquelle vous nous interrogez, et la proposition de loi jumelle quant à son objet, déposée par un député devant l'Assemblée Nationale au mois de juillet dernier.

En effet, l'instauration d'un dispositif d'action de groupe ou de recours collectif dans notre droit constitue une réelle nouveauté. A cet égard, le projet de loi en cours de discussion concernant la consommation a été considérablement enrichi au cours de la navette parlementaire et les débats ont illustré les questions nouvelles que soulevait un tel dispositif.

En regard, il nous semble que la proposition de loi pourrait utilement être étoffée eu égard aux mécanismes procéduraux à mettre en œuvre. Notamment elle nous paraît omettre le processus d'autorisation nécessaire à l'examen du sérieux du dossier avant que la procédure initiée ne se déploie pour déroger au principe de relativité des jugements, et les règles procédurales spécifiques pour rendre la procédure collective opérationnelle. Or, des éclaircissements sont indispensables

¹ Voir Code de procédure civile du Québec : Livre X Article 999 et suivants : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM

sur l'ensemble de ces points pour apprécier si le texte proposé produira les effets escomptés dans un domaine aussi vaste que l'ensemble des critères de discriminations énumérés par la loi.

En tout état de cause, face à l'engouement que paraît susciter l'action de groupe/recours collectif, il nous paraît indispensable qu'un tronc procédural commun aux différentes matières dans lesquelles il se déploie soit défini, sans porter préjudice aux nécessaires adaptations résultant de l'objet du litige.

En deuxième lieu, la proposition de loi ne fait pas mention des **conditions de soutien qui seront apportées aux auteurs de telles initiatives**. En effet, l'expérience étrangère montre que ces procédures sont longues et coûteuses, les principaux enjeux du litige pour le mis en cause se jouant à l'étape de l'autorisation du recours collectif. Ainsi les deux dernières affaires rapportées par la presse concernant les condamnations pour discrimination raciale infligées à la suite d'une action de groupe, à Merrill Lynch et à la Bank of America ont duré respectivement 8 et 20 ans ... On l'a dit, l'effet de l'action de groupe est de parvenir à la condamnation des mis en cause à des sommes qui peuvent se révéler considérables. Ces derniers investissent dans leur défense des moyens très significatifs et utilisent toutes les ressources juridiques et voies de recours disponibles.

Aucune association de lutte contre les discriminations et pas même le Défenseur des droits (à budget et effectif constant) ne sont en mesure de financer des cabinets d'avocats (souvent à l'étranger, car les grandes entreprises mises en cause ont souvent leur siège à l'étranger ou sont des filiales de groupes étrangers et les enjeux d'image sont tels que c'est le siège qui pilote la défense) et les expertises requises. Dès lors, la dimension budgétaire du sujet doit-elle être prise en compte, sauf à prendre le risque d'installer un dispositif aux effets purement platoniques.

En troisième lieu, la **place du simple demandeur dans la procédure judiciaire** semble avoir été écartée. Or, la discrimination n'est pas abstraite et la preuve de la situation de discrimination consiste la plupart du temps à comparer la situation d'une personne – et des personnes en situations similaires- avec celle des autres. Ce processus passe précisément par l'approche collective pour révéler l'inégalité de traitement individuelle. Une telle comparaison pourra rarement se faire sans être incarnée. Dans la majorité des cas, pour que le recours soit opérationnel, il faudra mettre la victime au cœur de la procédure. Dès lors, il nous paraît que l'initiative ne saurait reposer exclusivement sur la décision unilatérale d'une association ou du Défenseur des droits, la victime, directement concernée, se voyant écartée d'une telle voie de recours.

Il nous semble en effet que, dans tous les cas, l'initiative d'un recours collectif devrait pouvoir être accessible à une victime qui représente ses co-victimes et aux associations pour éviter un monopole de fait qui donnerait la faculté à l'un ou l'autre acteur de l'Etat ou de la société civile d'avoir le contrôle de l'accès à cette procédure.

Par ailleurs, concernant toujours le demandeur, la proposition de loi ne mentionne pas les organisations syndicales. S'agissant des discriminations dans le cadre de l'emploi, il y a lieu de s'interroger sur l'articulation de leur rôle avec celui des autres intervenants dans la procédure.

3) Commentaire relatif à la proposition de loi organique relative aux compétences du Défenseur des droits.

Quant à la proposition de loi organique n°861 déposée au Sénat visant à permettre au Défenseur des droits d'engager de tels actions/recours, il y a lieu de rappeler que **la représentation nationale n'avait pas souhaité lui confier une telle faculté lors de l'examen de la loi organique n° 2011-333**, au risque notamment d'une instrumentalisation de l'institution à naître, institution qui devait rester au-dessus des parties.

Aujourd'hui, le Défenseur des droits présente des observations devant les juridictions en qualité d'expert ou d'*amicus curiae* (à raison d'une centaine de fois par an) mais n'est en aucun cas partie aux litiges dans lesquels il intervient. C'est sans doute cette qualité qui a permis à l'institution de nouer des liens de confiance avec les juridictions qui se sont traduits notamment par des protocoles d'accord avec les parquets et les parquets généraux.

La position actuelle du Défenseur des droits est celle d'un « tiers de confiance » qui se situe à équidistance du réclamant et du mis en cause, doté de pouvoirs d'enquête particuliers (notamment des pouvoirs de « police » qui vont de la visite sur place à la délivrance de procès-verbaux de constat de discrimination). Ainsi, un tel dispositif induirait une **évolution substantielle des missions du Défenseur des droits** et de sa position dans le contentieux, qui pourrait, selon les cas, être *amicus curiae* ou être partie dans un litige. Ses pouvoirs d'investigation seraient alors neutralisés au nom du principe de l'égalité des armes.

L'impact de cette évolution sur l'équilibre des pouvoirs du Défenseur des droits et donc sur la lisibilité de son intervention doit être très précisément étudié.

L'une des contributions originales du Défenseur des droits dans le procès en discrimination est le produit de son enquête et de la lecture des faits qu'il a recherché qu'il soumet à la juridiction. L'ambiguïté d'une situation où, il serait ici enquêteur neutre et là partie, aurait un impact, tant au niveau de la mise en œuvre de ses pouvoirs, différenciée selon les missions, que dans les enjeux d'orientation et d'organisation du Défenseur des droits, certains dossiers pouvant faire l'objet d'enquête du Défenseur et d'autres non.

Par ailleurs, placer le Défenseur des droits au cœur de la mise en œuvre du recours collectif aurait des incidences budgétaires importantes, inhérentes au succès de la mission, dont l'ampleur n'a pas encore pu être expertisée.

L'étude de l'impact de cette évolution sur l'équilibre des pouvoirs du Défenseur des droits, que les délais d'audition ne nous ont pas permis de mener, permettrait d'apprécier les autres dispositions de la loi organique n° 2011-333 qu'il conviendrait d'amender et les conséquences à en tirer au plan réglementaire² (décrets pris en Conseil d'Etat).

Cependant, il y a lieu de souligner que, d'ores et déjà, les pouvoirs actuels du Défenseur des droits lui permettent de présenter utilement des observations dans toutes procédures, et lui permettraient donc de jouer son rôle dans le cadre d'un recours collectif sans qu'il y ait besoin d'amender la loi organique.

En conclusion, le Défenseur des droits réitère tout l'intérêt qu'il attache à la mise en œuvre d'un dispositif de recours collectif, sous réserve que les conditions techniques, juridiques et budgétaires soient réunies afin d'en garantir l'effectivité et que le rôle qui lui soit dévolu ne mette pas en cause l'équilibre de ses pouvoirs et plus particulièrement son pouvoir d'enquête qui a fait ses preuves en matière de discrimination.

² Décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024414558&dateTexte=&categorieLien=id>

Décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits
<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024414634&categorieLien=id>