

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**



Paris, le 2 juin 2015

Avis du Défenseur des droits 15-13

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 2 juin 2015 par Monsieur Razzy Hammadi, rapporteur de la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités n°1699.

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

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Le Défenseur des droits a pris position officiellement à plusieurs reprises en faveur de la création d'un mécanisme de recours collectif en matière de lutte contre les discriminations. Il a déjà eu l'occasion d'être entendu et d'émettre un premier avis¹ sur ce thème dans le cadre des auditions au Sénat dont a fait l'objet une précédente proposition de loi qui poursuivait un objectif similaire.

Un recours collectif, une action de groupe ou « *class action* », est une action en justice qui facilite l'accès au droit des victimes en démultipliant l'effet d'un jugement sur un groupe de personnes.

Il s'agit d'un moyen procédural qui permet de surmonter le principe traditionnel, notamment en droit français, selon lequel un jugement n'a d'effet qu'entre les parties à la procédure.

Dans la procédure anglo-saxonne, l'action judiciaire est précédée d'une demande d'autorisation du demandeur qui souhaite représenter les membres du groupe des personnes dans une situation similaire. S'il y est autorisé, le recours donne lieu à un jugement qui a un effet sur tous les membres du groupe, que le demandeur gagne ou perde. S'il gagne, l'ensemble des personnes qui sont victimes des mêmes faits dans le même contexte peuvent se prévaloir du jugement.

Ce dispositif a permis de donner une réponse judiciaire à des faits dont l'ampleur financière n'aurait pas autrement justifié un recours. Il a facilité l'accès au droit dans les matières techniques où l'ensemble des victimes n'avait pas les capacités, seule, d'entreprendre un recours. Il a permis de réguler des matières où le particulier apparaissait très faible face aux moyens du défendeur. Il a permis en outre de gérer des contentieux de masse sans encombrer les juridictions.

Le Défenseur des droits, conscient comme chacun du nombre de discriminations qui s'exerce quotidiennement, rapporté au faible nombre de saisines des institutions compétentes (DDD et juridictions), mesure qu'un tel dispositif procédural exercerait un véritable effet levier en matière de rétablissement de l'égalité de traitement.

1. Le champ d'application de la loi

Au-delà des divergences d'approche, les différents projets ou rapports dont le Défenseur des droits a pu avoir connaissance au cours de ces dernières années ont révélé que les options de fond retenues pouvaient être très différentes :

- un dispositif réservé aux discriminations à raison de l'origine ;
- un dispositif réservé aux discriminations dans le domaine de l'emploi ;
- un dispositif a priori dépourvu de sanction (rapport Pécault-Rivolier) ;
- un dispositif ad hoc en faveur de la lutte contre les discriminations (la présente PPL) ;
- un dispositif plus général utilisable pour tout type de recours collectif (projet de la chancellerie).

¹ http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20131031_13-10.pdf

L'arsenal législatif français de lutte contre les discriminations est très étendu, cependant il est hétérogène. Les 20 critères prohibés par la législation française ne sont pas tous couverts de la même façon : par exemple, la protection civile contre le refus d'accès aux biens et services ne couvre que le sexe et l'origine et pour les autres critères, ne relève que du champ pénal sauf à s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; le critère « situation de famille » ne s'applique qu'en matière d'emploi privé et pas dans l'emploi public ...

Ces différences compliquent l'accès aux droits des victimes dans un domaine contentieux déjà très technique. Le Défenseur des droits profitera d'un vecteur législatif adéquat portant sur les discriminations (et pourquoi pas le présent texte) pour proposer non pas un alignement mais des ajustements.

Pour en revenir au recours collectif, la position du Défenseur des droits est inspirée par un souci de simplicité et de lisibilité : une seule procédure pour tous les critères et applicable dans tous les domaines car il n'y a pas de critère (le racisme ou le sexisme ou le handicap) ni de motif (refus d'emploi, de crédit ou de logement) plus noble qu'un autre.

A cet égard, Le Défenseur des droits apprécie que la commission ait envisagé la possibilité d'ouvrir ce recours devant le juge administratif.

2. La qualité pour agir

Les différents textes dont le Défenseur des droits a eu connaissance donnent le monopole de la mobilisation de l'action collective aux associations et aux syndicats. L'argument invoqué est celui de la prévention contre les recours abusifs à l'action de groupe.

De ce fait les personnes victimes, même nombreuses, doivent trouver des appuis associatifs ou syndicaux pour avoir accès à l'action collective.

Ce parti pris soulève deux questions :

- a) Quelle sera la capacité à agir de celles et ceux qui ne trouveraient pas de tels appuis ?

Si l'on admet que la discrimination est illégale, voire qu'elle est un délit, il peut paraître surprenant de limiter l'accès collectif au prétoire en le subordonnant au bon-vouloir d'un tiers.

On sait notamment que les organisations syndicales, pendant longtemps, n'ont pas fait de la lutte contre les discriminations un objectif prioritaire dans les entreprises. L'histoire des réclamations nous indique plutôt que les victimes ont beaucoup de difficultés à obtenir le soutien des syndicats et des associations pour entreprendre des recours : ouvriers de Renault, femmes dans les grandes entreprises, victimes de racisme.

Par ailleurs, aujourd'hui il n'y a pas en France d'association qui ait une activité juridique dans tous les domaines. Dans plusieurs domaines et non des moindres, il n'y a pas d'associations suffisamment solides pour s'engager dans des aventures contentieuses (égalité hommes-femmes, homophobie ...).

Le Défenseur des droits ne saurait être favorable à ce que l'on crée des justiciables discriminés « à deux vitesses ».

b) Quelle sera la capacité effective d'agir des associations de lutte contre les discriminations et des syndicats ?

A supposer que ce filtre soit maintenu, et à supposer qu'ait été résolue la question de l'éventuel agrément des associations (quels en seraient les critères non discriminatoires ?) inhérente à la volonté d'écartier les recours abusifs, se posera la question des moyens : comme il s'agit de contentieux lourds, une fois que les moyens accessibles aux associations et syndicats auront été monopolisés par quelques dossiers, quel sera l'accès au recours des victimes ?

Trouver une association qui ait la capacité technique d'entreprendre ce type de contentieux face aux plus grands cabinets d'avocat en défense ? Aujourd'hui, les capacités techniques des associations à entreprendre et superviser les enjeux stratégiques de contentieux de cette ampleur sont lacunaires.

Si, par exemple, il s'agissait de n'agréer que des associations de plus de 5 ans d'existence (comme pour celles habilitées à saisir le Défenseur des droits), il y a fort à craindre que seraient ainsi créés des monopoles de fait au bénéfice de quelques associations, sans contrepartie tangible pour les requérants.

Contrairement au droit de la consommation, où des éléments objectifs et techniques s'imposent, le droit des discriminations est en grande partie un contentieux des situations humaines et des faits qui exige la présentation d'éléments concrets issus de comportement de personnes déterminées, d'une situation donnée ou de l'analyse comparative de situations réelles. On ne saurait envisager d'établir la preuve d'une discrimination ou une défense sur la responsabilité à partir d'exemples ou de situations hypothétiques.

Rappelons que pour les questions de principe, les syndicats ont déjà accès au recours permettant d'attaquer une règle qui porterait atteinte aux droits fondamentaux ou constituerait une discrimination (articles 2262-9, 2262-10 code du travail ; droit d'alerte articles 2313-1, 2313-2 code du travail).

3. Le dispositif

a) La question de la qualité pour agir rejoint celle du fond de la procédure.

L'écran de l'association ou du syndicat n'apparaît ni vecteur d'accès au droit, ni garant de l'efficacité technique et juridique du recours. Les acteurs susceptibles de

mettre en œuvre ces recours vont être le produit de nouvelles formes de mobilisation et il semble nécessaire de donner accès au recours collectif aux personnes physiques et aux collectifs de personnes se réunissant pour les besoins de l'action, ainsi qu'aux nouvelles associations qui vont se développer pour se mobiliser sur des sujets nouveaux et soutenir les besoins techniques de ce contentieux nouveau.

Dans les pays anglo-saxons, une personne physique présente sa situation comme représentative de celle du groupe et c'est sur la base de situations concrètes et déterminées qui modélisent une situation collective sous le contrôle du juge, que le recours collectif est lancé et que le défendeur se défend.

La première étape du contentieux collectif est donc de déterminer si la situation invoquée est représentative d'une situation collective (plus difficile à caractériser et à modéliser qu'en matière de produits de consommation défectueux ...). Ce n'est que dans un second temps qu'est engagée l'action en responsabilité et que se déploie le contradictoire.

Il ne faut pas focaliser le débat sur des catégories d'intervenants déterminées a priori. La logique d'ensemble du dispositif repose sur la capacité effective (particuliers ? groupements ? monopole associatif et/ou syndical ?) et l'intérêt à agir effectif (via la modélisation) des plaignants.

b) Mettre le juge au cœur du dispositif.

La qualification collective de la situation, c'est-à-dire sa modélisation, est le point focal de la stratégie judiciaire. Ce n'est qu'une fois cette étape franchie que la procédure est considérée comme répondant aux conditions de sérieux et de représentativité de la situation collective, et que l'action sur la responsabilité en vue de réparer le préjudice démarre.

Cette procédure en deux étapes est garante de l'efficacité judiciaire :

- elle protège les victimes contre des recours mal engagés qui pourraient s'éterniser ;
- elle évite la multiplication des risques juridiques contre les entreprises et des recours collectifs farfelus initiés pour faire pression ;
- elle protège les droits des parties n'amenant au fond que des contentieux sérieux.

Ainsi, la première étape franchie, si la qualification collective est reconnue, le contentieux prend une autre ampleur :

- les demandeurs sont en position de trouver des financements leur permettant d'avoir recours à des conseils ;
- les défendeurs doivent étudier la portée du risque judiciaire ;

- les uns et les autres peuvent s'accorder pour organiser une médiation, transaction ...

En effet, cette première étape a un rôle stratégique : elle concrétise la réalité du risque judiciaire pour le défendeur et amène le plus souvent un règlement du dossier, en raison de la pression financière qu'elle emporte.

La qualification collective déclenche donc une étape propice au règlement.

A l'inverse, ne pas scinder la procédure aura pour conséquence de débattre de la dimension collective en même temps que de la responsabilité. Ceci rendra la procédure complexe, longue, et réduira les chances de succès d'une démarche de règlement des situations.

La demande sera fragilisée, car elle sera à la merci des stratégies dilatoires en défense, face à un contentieux qui va nécessairement aller jusqu'au bout. Cette option allongera également une procédure possiblement vouée à l'échec. L'exemple des grands procès de collectifs de victimes illustre l'ampleur de ce risque qui paralyserait ce type de procédure et l'action des associations.

Il paraît donc indispensable au Défenseur des droits de réserver un temps à la médiation, une fois la modélisation et la liste des plaignants établie et le mis en cause confronté au risque d'une lourde condamnation pécuniaire (sans parler de l'enjeu d'image).

Le Défenseur des droits est conscient que cette approche rompt avec les règles traditionnelles du procès. Toutefois, il estime que si le législateur est prêt à innover pour créer un recours collectif en matière de lutte contre les discriminations, alors il doit aller jusqu'au bout afin d'éviter la création d'un dispositif inopérant.

Pour résumer, le Défenseur des droits insiste sur les trois points suivants, liés entre eux, qui paraissent constituer une réponse appropriée à l'objectif poursuivi :

- un champ d'application large (ensemble des critères et des domaines), qui implique
- une large ouverture directe du prétoire aux victimes de discriminations en dehors de toute logique de filtrage, en contrepartie
- d'une étape d'évaluation-modélisation qui qualifie les demandes et ouvre un espace à la médiation.

*

Pour conclure, le Défenseur des droits rappelle qu'il ne saurait être associé directement à l'exercice de cette voie de recours.

En effet, en vertu du principe de l'égalité des armes, dès lors que celui-ci apparaîtrait d'une manière ou d'une autre comme une partie au litige, il perdrait de facto toute capacité à user de ses pouvoirs d'enquête.

Dès lors, le Défenseur des droits entend-t-il, dans le cadre de ce nouveau recours, conserver son rôle d'expert, d'enquêteur et d'amicus curiae comme il l'exerce actuellement dans les recours individuels dont il a à connaître.

Jacques TOUBON