

Paris, le 5 février 2020

Avis du Défenseur des droits n°20-01

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 28 janvier 2020 par la mission d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le bilan et les perspectives des actions de groupe,

Emet l'avis ci-joint

Le Défenseur des droits,

Jacques TOUBON

Au titre de ses compétences en matière de lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits a été sollicité tout au long des réflexions ayant mené à la création de l'action de groupe devant les tribunaux civils et administratifs en matière de discrimination par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Dans ses avis au législateur, il soulignait l'importance de cette procédure judiciaire pour saisir les discriminations systémiques et collectives, encore trop peu évoquées devant les juridictions ¹, et les enjeux procéduraux de l'effectivité du recours pour les victimes.

Le constat du Défenseur des droits est que l'action judiciaire individuelle est insuffisante pour réprimer les pratiques discriminatoires en France.

L'action de groupe en matière de discrimination donne un impact financier nouveau au contentieux. Mais au-delà, son orientation correctrice et préventive fait remplir à la procédure juridictionnelle d'autres fonctions, qui lui donnent une forme et une portée inédites.

Or, la loi n'a pas encore défini les modalités nécessaires pour que cette approche nouvelle du contentieux réalise son potentiel d'efficacité judiciaire au service de l'accès au droit des victimes et de la réalisation du principe d'égalité.

I- Les enjeux

Pour le Défenseur des droits, le nouvel enjeu que pose le recours collectif en matière de lutte contre les discriminations est de réaliser les conditions pour créer une menace crédible à l'égard des discriminations collectives et judiciariser l'analyse des mécanismes de reproduction des inégalités qui résultent à la fois des pratiques professionnelles, des règles non écrites des organisations et des biais conscients ou inconscients des personnes qui les dirigent.

Ce cadre juridictionnel ouvre des possibilités nouvelles pour dépasser les limites de la casuistique :

- En donnant une valeur contentieuse à des violations individuelles qui restent impunies, permettant à la fois un contentieux groupé et une décision menant à la cessation de la pratique ; et
- En permettant la reconnaissance judiciaire des discriminations collectives et systémiques en matière d'emploi.

Dans sa dimension collective, l'action de groupe oblige à réfléchir autrement sur le traitement judiciaire des discriminations. Au-delà des qualifications de situations individuelles, elle nous invite à envisager l'hypothèse de leur cumul et de leur multiplication lorsque l'analyse porte sur la situation d'un groupe déterminé au sein d'un collectif de travail, soumis à une suite de différences de traitement diverses du fait d'un seul ou de la combinaison de plusieurs critères prohibés.

¹ Site du Défenseur des droits – www.defenseurdesdroits.fr - Avis sur la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités n° 1699, n° 15-13, du 2 juin 2015 ; Avis concernant le projet de loi n° 661 portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, n° 15-23 du 28 octobre 2015 ; Avis sur le projet de loi n° 3204 relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire, n° 16-10, du 7 avril 2016.

C'est ainsi que la notion même de discrimination systémique émerge en droit français au même moment que l'action de groupe, susceptible de lui apporter une réponse (rapport public de Madame PECAUT-RIVOLIER)².

L'intérêt de cette qualification juridique est de permettre au droit d'être un levier pour la reconnaissance de la réalité dynamique des discriminations, caractériser la complexité de leur cumul dans une dimension sociologique pouvant être repérée grâce aux outils diagnostiques du droit³ : des discriminations qui se combinent, interagissent et prennent à la fois la forme de discriminations directes et indirectes envers un groupe stigmatisé, c'est-à-dire des comportements visant à exclure ou à défavoriser de manière volontaire ou non, perpétuant également les effets de décisions anciennes, de discriminations subies, de croyances, de règles qui se maintiennent et de stéréotypes ancrés.

La qualification de discrimination systémique permet de débusquer des discriminations banalisées et de remettre en cause les pratiques qui les génèrent.

C'est la preuve de la somme des actes envers les personnes membres du groupe discriminé qui va conduire à la reconnaissance de la discrimination systémique : l'effet cumulatif qui crée un climat d'exclusion entretenant les inégalités.

Ensuite, l'action de groupe ouvre la possibilité d'une intervention correctrice originale.

Mais la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle précise très sommairement le rôle du juge saisi de l'action de groupe en discrimination. Ses articles 65 et suivants indiquent qu'il peut ordonner, une fois le manquement constaté et après avoir déterminé le degré de responsabilité de l'employeur mis en cause, des mesures de nature à faire cesser ce manquement.

La complexité et les enjeux de cette procédure en font donc un outil juridictionnel ayant un potentiel majeur, à la fois curatif et préventif, mais dont l'effectivité reste à construire. Aujourd'hui, la loi ne règle pas les multiples questions qu'une telle procédure juridictionnelle pose quant à ses modalités de mise en œuvre et laisse le juge seul face aux missions nouvelles qui lui sont confiées.

II- Premiers constats

Depuis l'adoption de l'action de groupe, le Défenseur des droits a été saisi de recours initiés en matière d'emploi privé par la CGT en matière de discrimination syndicale, dans l'affaire SAFRAN, et d'égalité femme-homme, dans l'affaire de la Caisse d'épargne.

Ces saisines lui ont permis d'intervenir dans le cadre des premières expériences de mise en œuvre de cet outil procédural nouveau et de constater l'impact de l'absence de cadre procédural précis pour accompagner la prise en charge de ce nouveau contentieux, à la fois lourd et complexe, exigeant de surcroît un mode d'intervention spécifique du juge civil et administratif.

² L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail*, rapport au Ministère de la justice, 2013, p. 27 et s.

³ M. MERCAT-BRUNS, *La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?*, *Revue des droits de l'Homme*, 14/2018 ; M. MERCAT-BRUNS, *L'identification de la discrimination systémique*, 11 RDT 23/11/2015, 672.

A- L'imprécision des textes sur l'office du juge à l'étape de la preuve du manquement

L'action de groupe, telle qu'elle a été conçue, n'est pas limitée à une action portant sur une question unique qui aurait une dimension collective. Une même action de groupe peut aussi porter sur le produit de politiques complexes ou encore sur un groupe de personnes discriminées au sein d'une même entité juridique présentant une variété de situations discriminatoires.

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle précise très sommairement le rôle du juge saisi de l'action de groupe en discrimination et n'apporte aucun détail sur son office à l'étape de la première phase de l'action de groupe consistant à statuer sur la matérialité du manquement collectif imputé à l'employeur défendeur.

Lorsque les discriminations sont abordées dans leurs dimensions collectives, la présentation des preuves et des faits qu'elles soulèvent devant le tribunal de grande instance, juridiction où cette matière est encore peu traitée, prennent une ampleur nouvelle dont il faudra organiser la présentation en se prévalant des possibilités offertes par les pouvoirs du juge définis aux articles 10 et 11 du code procédure civile.

Dans ses avis au Parlement, le Défenseur des droits avait souligné les lacunes du texte en termes d'indications procédurales pour accompagner la spécificité de ce processus judiciaire.

Ces enjeux procéduraux qui seront appelés à se répéter systématiquement dans un processus juridictionnel nouveau pour tous les acteurs du procès, posent un grand nombre d'incertitudes qui rendent peu aisé le déploiement des recours.

En matière de discrimination, les textes internationaux et nationaux prévoient une règle probatoire particulière visant à aménager la charge de la preuve au profit du demandeur. Il appartient à ce dernier de rapporter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination et, le cas échéant, il incombe ensuite au défendeur de prouver que la différence de traitement présumée repose sur des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.

La Cour de cassation a précisé que le juge doit déterminer si les éléments de faits présentés par le demandeur, permettent, lorsqu'ils sont pris dans leur ensemble, de faire présumer l'existence d'une discrimination, c'est-à-dire de faire naître une hypothèse raisonnable de son existence. Il appartiendra ensuite au juge de déterminer si le défendeur produit des éléments objectifs suffisants pour écarter cette présomption de discrimination.

Face au foisonnement des questions de faits et de droit qui seront soulevées par la présentation des composantes de la discrimination collective, l'effectivité du recours dépendra de la capacité du juge à schématiser les questions en jeu et les étapes de la preuve de manière à organiser les débats et tout particulièrement cette première phase fondamentale au cours de laquelle la présomption de discrimination devra être établie ⁴.

Le Défenseur des droits rappelait notamment dans ses avis au Parlement sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, que le juge pourrait avoir avantage à structurer les débats de manière à décider dans un premier temps si la demande présente suffisamment d'éléments de faits pour laisser supposer l'existence de discriminations individuelles et de discriminations collectives au préjudice du groupe de personnes dont la situation est citée en exemple ⁵, afin d'éviter un contentieux lourd lorsque

⁴ Défenseur des droits, avis n° 15-13, 2 juin 2015. ; avis n° 15-23, 28 octobre 2015 ; avis n° 16-10, du 7 avril 2016.

⁵ Avis n° 16-10, du 7 avril 2016.

la preuve en demande reste insuffisante, et pour identifier clairement les règles, pratiques, conventions et situations sur lesquelles il entend procéder à l'aménagement de la charge de la preuve.

Mais l'analyse des preuves ne sera pas non plus si simple. Quelles justifications seront suffisantes face au foisonnement et cumul des faits démontrés ? Doivent-elles en l'espèce être spécifiques à chaque dossier présenté ou collectives ? Doivent-elles répondre sur chaque discrimination alléguée ou le cumul alimente-t-il en lui-même une présomption globale de discrimination ?

Ce n'est qu'après avoir reçu les preuves et tenu cette analyse en deux temps que le juge pourra conclure sur les discriminations individuelles, collectives et systémiques faisant l'objet du recours.

Enfin, pour préparer l'étape corrective du recours, le juge devra passer de l'analyse globale des faits à un bilan permettant d'identifier chaque mesure discriminatoire avant de se prononcer dans une deuxième étape, comme le prévoient les articles 65 et suivants de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, sur les mesures permettant de faire cesser le ou les manquements.

B- L'imprécision des textes sur l'office du juge à l'étape des mesures correctives

Lorsque le juge constate un manquement, c'est-à-dire lorsqu'il qualifie une discrimination, les dispositions de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle sur l'action de groupe lui permettent d'enjoindre au défendeur de faire cesser la ou les discrimination(s) qu'il a constatée(s) et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne⁶. Il peut même prononcer une astreinte.

L'article L.1134-8 alinéa 1^{er} du code du travail dispose que l'action de groupe « *peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis* ».

Ainsi, au-delà du constat d'une situation ou d'un effet discriminatoire, le juge devra préciser la ou les pratiques qui sont à l'origine de la discrimination, pour passer à l'identification des correctifs à mettre en place, sujet sur lesquels il y aura encore matière à faire des représentations, présenter des observations et ensuite assurer un suivi.

Dans ses avis sur le projet de loi, le Défenseur des droits a rappelé que les mesures propres à faire cesser un manquement résultant d'une discrimination collective sont diverses, mais toujours spécifiques⁷.

Ainsi, si plusieurs contentieux mettent en cause des pratiques de gestion ou encore l'effet de décisions anciennes, plusieurs entendront mettre fin à des discriminations résultant d'un accord collectif. Dans tous les cas, le juge devra se prononcer sur la source de la discrimination et sur la mesure à prendre pour l'écarter. Il s'agira donc de préciser comment celles-ci doivent être revues, les mesures nécessaires, individuelles et collectives, et les modalités de contrôle pour mettre fin à la discrimination établie.

Cette étape sera nécessairement assortie d'une analyse sur la portée du groupe discriminé et l'analyse des dommages individuels qui découlent des discriminations subies, de manière à établir les correctifs individuels à mettre en place et la part des dommages qui sont intervenus depuis la mise en demeure.

L'étape des mesures correctrices précèdera une étape de suivi de la mise en œuvre, exercices qui ne correspondent pas à la pratique habituelle des acteurs juridictionnels.

⁶ Art. 65 de la loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, *loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, JORF 19 nov. 2016.

⁷ Avis n° 16-10, du 7 avril 2016.

Le juge devra trancher sur des matières dépendant de plusieurs champs d'intervention et d'expertise nouveaux pour la juridiction. Les textes auraient avantage à organiser ce processus et la contribution des experts (notamment en matière de mesures correctives de ressources humaines) qui devraient venir en soutien pour lui permettre de mener à bien ce nouveau rôle qui lui est assigné.

III- Un potentiel d'évolution de la portée du dispositif d'action de groupe

Dans ses avis au parlement, le Défenseur des droits s'est particulièrement prononcé sur le contexte et l'identification des acteurs ayant accès à la mobilisation de cette procédure qui a été réservée aux syndicats en matière d'emploi et aux associations en matière de biens et services dans un premier temps, puis élargie aux associations en matière d'embauche et d'accès aux stages dans un deuxième temps. Il s'est également prononcé sur l'enjeu du financement de ces recours lourds et complexes. Ces questions restent tout aussi pertinentes plus de trois ans après l'adoption de la loi.

A- Le monopole des syndicats et associations

Afin d'introduire un filtre dans l'accès à ce dispositif et en faire un levier de négociation, la loi a prévu que seuls les syndicats et les associations puissent initier une action de groupe, sachant que ces dernières ne pourraient le faire en matière d'emploi que pour les affaires de refus d'embauche et de stage.

Les contentieux initiés à ce jour montrent bien le carcan posé par ces règles.

A ce jour les préavis de six mois avant l'assignation n'ont pas donné lieu à négociation.

Par ailleurs, la limitation du recours collectif aux syndicats en matière de carrière limite de fait l'accès au recours des groupes discriminés dont la situation n'est pas prise en compte dans les priorités syndicales.

La première action en emploi privé a porté sur la discrimination syndicale (voir l'action de la CGT contre la société SAFRAN Aircraft Engines) et de même en emploi public (voir l'action du syndicat Alternative Police CFDT contre le ministère de l'Intérieur pour dénoncer des discriminations syndicales présumées au sein de la police nationale).

En matière d'égalité femmes hommes en emploi privé, une réclamation collective de la CGT a fait l'objet de l'avis de six mois avant l'assignation. Elle est de fait portée par l'activisme des victimes.

Une action a été initiée par le syndicat du personnel d'encadrement de la ville de Lyon alléguant une discrimination salariale indirecte fondée sur le sexe, les emplois-jeune étant en majorité occupés par des femmes. Cette action a été rejetée par le tribunal administratif de Lyon⁸.

Aucune action soulevant une discrimination sur le fondement d'un autre critère de discrimination n'a été initiée. Plusieurs groupes discriminés n'ont pas de relais dans les organisations syndicales.

Les discriminations systémiques à l'encontre des travailleurs migrants ou révélant des pratiques de harcèlement sexuel, parmi les plus graves, ne mobilisent pas l'action syndicale. Par exemple, les travailleurs immigrés de la Villa Breteuil⁹, les employées de nettoyage des trains d'un sous-traitant de la SNCF victimes

⁸ Tribunal administratif de Lyon, 29 avril 2019, n°1806281.

⁹ CPH Pairs, 17/12/2019 n°17/10051.

de harcèlement sexuel à grande échelle¹⁰, les Chibanis de la SNCF, n'ont pas bénéficié de mobilisation syndicale¹¹.

Dans ces dossiers, les victimes ont pu obtenir des dommages mais aucune décision relative à la mise en œuvre de mesures correctives n'a été prononcée et lié l'employeur. Il reste plus rentable pour l'employeur d'attendre les quelques recours individuels que de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux discriminations.

La plupart des situations collectives que nous pouvons observer continuent de faire l'objet de regroupements de victimes qui s'organisent pour assurer l'action contentieuse, étant très peu soutenues au contentieux par les syndicats.

Le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de rappeler qu'un tel filtre risquait de ne pas être opérant et présentait un risque important de non recours à ce dispositif.

Le Défenseur des droits réitère qu'il serait opportun de réétudier la possibilité d'ouvrir largement l'action de groupe en matière de discrimination. Celle-ci pourrait être ouverte à un groupe qui se constituerait pour les besoins de la cause. Les critères de rattachement à ce groupe rejoindraient ceux qui définissent une personne victime de discrimination à savoir : subir un même traitement défavorable, en lien avec un critère prohibé de discrimination. Par exemple, un groupe de femmes faisant un travail en tout point analogue à celui des hommes dans l'entreprise mais ayant un titre et une classification différente de niveau inférieur¹².

Le juge semble en effet à même d'écarter les demandes manifestement abusives. Il convient d'ailleurs de rappeler que, dans la mesure où le Tribunal de grande instance est seul compétent pour connaître des actions de groupe en matière civile, les parties seront tenues de constituer avocat. Il en va de même devant le juge administratif pour les recours de plein contentieux. Cette obligation constitue également une garantie du sérieux des recours qui seront portés devant le juge.

B- Le financement du recours collectif

L'action de groupe reste une procédure très lourde à mobiliser. Comme nous l'avons vu, après plus de trois ans, les recours se comptent sur les doigts d'une main parce que peu lisibles pour les acteurs et surtout très coûteux.

En matière de discrimination dans l'accès aux biens et services, le Défenseur des droits n'a pas connaissance qu'une action de groupe n'ait encore été initiée.

Il apparaît exceptionnel que les associations mobilisent les moyens techniques et financiers pour se lancer dans ce type d'intervention.

La question du financement de ces recours, qu'il s'agisse des honoraires d'avocats mais aussi des experts qui devront être sollicités pour concourir à la preuve ou à l'élaboration des mesures correctives, reste entière.

¹⁰ CPH Paris 10/11/2017 n°15/11389 et autres, en appel.

¹¹ C.A. Paris 31/01/2018 n°15/03130

¹² Cass.soc. 6 novembre 1990, Bocama, n°89-86526 ; Cass.soc.12 février 1997, SARL U>SAI Champignons, n°95-41694 ; Cass.soc. 19 décembre 2000, Ste Pyrénées Labo Photo, n°98-43331

Cette préoccupation avait conduit le Défenseur des droits à rencontrer les responsables du « fonds d'aide au recours collectif » basé à Montréal et compétent pour toute la province de Québec, offrant un dispositif d'étude du sérieux des recours pour financer ce qui est devenu un réel dispositif d'accès collectif aux droits.

La création d'un fonds de financement des actions de groupe, qui pourrait éventuellement être alimenté par des amendes civiles prononcées par les juridictions ou des frais de justice spécifiques, pourrait être envisagée. A cet égard, le modèle du fonds d'aide au recours collectif du Québec créé en 1979 par la Loi sur le recours collectif (L.R.Q., chapitre R-2.1) apparaît offrir des pistes de travail intéressantes. En outre, les missions de ce Fonds sont d'assurer le financement des recours collectifs, assurer le suivi des recours, contrôler la légalité des règlements hors cour et diffuser les informations relatives à l'exécution des jugements pour la classe retenue. Il finance entre 25 et 35 nouveaux dossiers par an, pour un total de 227 action pendantes faisant l'objet d'un financement (Rapport annuel 2018¹³). La demande peut porter sur tout ou partie des honoraires d'avocat, des frais d'expertise, des avis dans les journaux, des frais de justice. Le Fonds d'aide se finance notamment par le prélèvement d'un pourcentage sur le quantum et la mise en œuvre de l'indemnisation des victimes en cas de condamnation établi par voie règlementaire. Ce pourcentage varie en fonction du montant de la réclamation liquidée ou du reliquat (Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux recours collectifs (RLRQ, R-2.1, r.2)). Le budget du Fonds est approuvé chaque année par le ministre de la Justice.

Dans le cadre de l'adoption du projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté en 2016, l'Assemblée nationale française avait repris à son compte en dernière lecture la proposition du Défenseur des droits en instituant un fonds de participation au financement de l'action de groupe¹⁴. Elle prévoyait que ses ressources soient abondées par une majoration d'amende prononcée par la juridiction pénale saisie de l'action de groupe.

Or, cette disposition ne visait qu'une action de groupe qui aurait été instituée devant le juge pénal, action de groupe qui n'était pas prévue par les textes.

Le Conseil Constitutionnel a censuré cette disposition en mettant en cause la surtaxe de l'amende eu égard à l'objet pénal du dispositif visé en ce qu'il mettait en cause le principe d'égalité devant la loi, sans cependant remettre en cause l'opportunité d'un tel fonds dans le cadre d'un recours collectif devant le juge civil ou administratif¹⁵.

¹³ <http://www.faac.justice.gouv.qc.ca/doc/RapportAnnuel2018-2019.pdf>

¹⁴ Article 217 de la loi votée.

¹⁵ Décision [n° 745 DC](#) du 26 janvier 2017