



7 avril 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-10

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 ;

Vu son avis n°15-13 du 2 juin 2015 ;

Vu son avis n°15-23 du 28 octobre 2015 ;

Auditionné par les rapporteurs de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°3204 relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire,

émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

L'élément central de ce projet de loi, comme le révèle son nouvel intitulé, est la création d'un dispositif d'action de groupe qui s'appliquerait, dans un premier temps, dans le champ des discriminations et pourrait par la suite être décliné dans d'autres champs. Cette question fera l'objet de la première partie de cet avis.

Dans un second temps, sera abordée la procédure dite d'action en reconnaissance de droit que le Sénat a entendu introduire dans le projet de loi afin de compléter le dispositif d'action de groupe dans le domaine du contentieux administratif. Cette nouvelle procédure aurait vocation à permettre un traitement plus efficace des contentieux sériels.

Enfin, la question de l'allongement du délai légal pour procéder à la déclaration de naissance d'un enfant auprès des services de l'état civil sera brièvement évoquée dans la mesure où une modification de l'article 55 code civil qui fixe ce délai a été introduite par le Sénat dans le projet de loi.

Le Défenseur des droits renvoie ses observations sur les amendements à la loi du 27 mai 2008 pour unifier le régime juridique des discriminations, au futur projet de loi Egalité-Citoyenneté.

I. L'action de groupe

Dans ses précédents avis relatifs à l'action de groupe, le Défenseur des droits s'est prononcé en faveur d'une telle procédure et a insisté sur certaines préconisations qui lui paraissent essentielles :

- Le champ d'application de cette action doit être large, c'est-à-dire couvrir l'ensemble des critères de discrimination prévus par la loi et des domaines dans lesquels les discriminations s'exercent ;
- L'accès à une telle procédure doit être ouvert à toutes les victimes, quand-bien même elles ne seraient pas représentées par un syndicat ou une association ;
- La procédure devrait être scindée en deux étapes. Dans un premier temps, le juge statuerait uniquement sur la réalité de la dimension collective du contentieux (représentativité des cas portés à sa connaissance). Une fois la demande considérée comme recevable, une phase de médiation pourrait avoir lieu. Dans un second temps, le juge statuerait sur le fond, c'est-à-dire sur la responsabilité de la personne mise en cause ;
- La question du financement de ces recours doit être abordée dans la mesure où le mécanisme de l'aide juridictionnelle n'y est pas adapté. La mise en place d'un fonds d'aide au recours tel que cela existe dans la province de Québec semble être une solution à envisager. Il pourrait notamment être abondé par des amendes civiles prononcées par les juridictions ;
- Cette action doit nécessairement permettre de réparer l'intégralité du préjudice, y compris moral, résultant de la discrimination constatée, et ce dans un délai raisonnable.

Le présent avis porte donc principalement sur les dispositions qui ont été modifiées par le Sénat. Une modification importante du texte a été opérée par le Sénat concernant son **domaine d'application** puisqu'il est désormais possible de lancer une action de groupe dans l'ensemble des domaines couverts par la législation sur les discriminations, y compris dans l'emploi public (1.).

En revanche, une restriction supplémentaire a été adoptée par le Sénat concernant les **personnes habilitées à déclencher ces actions**. Les associations ont en effet été complètement exclues des actions de groupe dans le domaine de l'emploi.

Si leur rôle est confirmé en matière de discrimination dans l'accès aux biens et aux services, une exigence d'habilitation a été introduite dans le texte, et ce alors même que de telles habilitations n'existent pas dans le domaine de la lutte contre les discriminations (2.).

Cet avis est également, pour le Défenseur des droits, l'occasion de réaffirmer l'enjeu central que représente **l'indemnisation des préjudices** dans le cadre de cette procédure. Or, dans le domaine de l'emploi, le Sénat, constatant que l'indemnisation rendue possible par le texte initial était très partielle, a jugé préférable de renvoyer l'intégralité de ce problème aux conseils de prud'hommes, en faisant de cette action de groupe une simple action en cessation de manquement. Le Défenseur des droits relève toutefois qu'en parallèle, l'action portant sur l'accès aux biens et services permet désormais une indemnisation complète du préjudice puisque le préjudice moral peut désormais être réparé dans ce cadre (3.).

Enfin, certaines interrogations demeurent au sujet du **déroulé de ces actions de groupe**. Les détails de la procédure en cessation de manquement sont en effet absents du texte. En outre, de nombreuses questions subsistent concernant la **coordination de cette procédure collective avec l'action individuelle qui peut être exercé devant les conseils de prud'hommes par les victimes de discriminations dans l'emploi** (4.).

Pour illustrer ce dernier point, il apparaît utile de décrire, à partir d'une affaire réelle - les Chibanis contre la SNCF concernant plus de 830 demandeurs - la façon dont une action de groupe pourrait se dérouler.

1) La portée du recours en matière d'emploi public

Si le projet de loi prévoyait bien d'ouvrir ce nouveau type de recours à l'ensemble des domaines dans lesquels la loi prohibe les discriminations, comme le recommandait le Défenseur des droits, une limite était apparue concernant l'emploi public. Le projet de loi ne prévoyait pas que l'action de groupe puisse s'y exercer en matière de carrière.

Le Sénat a remédié à ce problème soulevé par le Défenseur des droits en alignant le dispositif d'action de groupe ouvert dans l'emploi public sur celui applicable à l'emploi dans le secteur privé.

Cette action n'est donc désormais plus limitée à l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle dans ce domaine.

Le Défenseur des droits prend note de cette avancée favorable aux droits des agents publics.

2) Les monopoles respectifs des syndicats et des associations

La question des personnes habilitées à déclencher l'action de groupe demeure, en ce que le texte voté en première lecture par le Sénat a conforté le monopole des syndicats en matière d'emploi et celui des associations sur les autres sujets.

Le Défenseur des droits avait invité le législateur à permettre aux associations, mais également à tout regroupement de victimes constitué pour les besoins de la cause, de déclencher une action de groupe dans le domaine de l'emploi, estimant que le projet initial du gouvernement était trop restrictif.

- Emploi

Le Sénat a, au contraire, considéré qu'il était nécessaire de réserver l'initiative de cette action en matière d'emploi aux syndicats. Cette position était également celle défendue par Madame PECAUT-RIVOLIER dans son rapport remis à la Garde des Sceaux en 2013.

Cet argument ne convainc toutefois toujours pas le Défenseur des droits car il constate que les syndicats restent concentrés sur les discriminations syndicales et accompagnent peu les victimes au contentieux. Il estime qu'une telle restriction limiterait l'accès au recours des groupes discriminés.

En ce qui concerne le monopole des associations, quoique certaines associations spécialisées dans des contentieux spécifiques soient fort performantes (AVFT en matière de harcèlement sexuel au travail ou le GISTI en matière de droits des migrants), elles sont peu présentes dans les contentieux civil et administratif.

En outre, plusieurs groupes discriminés n'ont pas de relais associatifs, peuvent ne pas souhaiter faire appel aux associations existantes pour des raisons qui leur sont propres ou ne partagent pas les stratégies d'intervention des associations. Dans ces hypothèses, il semble nécessaire de permettre à ces personnes de se rassembler pour les besoins de la cause, selon une forme à déterminer.

Le Défenseur des droits maintient qu'une telle restriction présente un risque important de non recours à cette procédure pour la majeure partie des victimes de discriminations collectives. Quant à l'objectif de filtrage des actions de groupe mal fondées poursuivi par cette restriction, il apparaît relever du ressort du juge.

Il est également nécessaire de rappeler que l'article 9 2. 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 impose aux États de veiller à ce que les associations de lutte contre les discriminations puissent, « *pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive.* »

En conséquence, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait être amenée à considérer que ces dispositions imposent de permettre à ces associations d'engager des actions de groupe dans le domaine de l'emploi, dès lors qu'une telle action est prévue par la législation d'un État membre.

- Biens et services

S'agissant des actions de groupe en matière d'accès aux biens et aux services, le Défenseur des droits constate que le Sénat en a exclu les syndicats pour en réserver le monopole aux associations, ce qui ne semble pas poser de difficulté dans la mesure où ces procédures sont sans lien avec les questions d'emploi.

Il note également qu'une exigence d'agrément a été ajoutée concernant les associations, et que toutes les associations œuvrant pour la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause pourront également agir dans ce cadre.

Si la commission des lois du Sénat a légitimement entendu ouvrir cette action de groupe à des associations telles que celles ayant pour objet la défense des consommateurs ou des usagers du service public, le texte qu'elle avait adopté ne prévoyait pas d'exigence d'agrément pour les associations de lutte contre les discriminations. En effet, il n'existe pas aujourd'hui d'agrément leur permettant d'agir en justice, la seule condition étant d'être déclarée depuis au moins cinq ans. Or, le texte adopté en séance plénière a prévu une telle procédure d'agrément sans la définir (critères d'obtention, autorité l'octroyant etc...), ce qui retarderait la possibilité pour ces associations de déclencher une action de groupe après l'entrée en vigueur de la loi. La situation est différente en matière de santé ou de consommation puisque les agréments auxquels les dispositions créant des actions de groupe faisaient référence préexistaient.

Le Défenseur des droits recommande donc d'écarter toute référence à un agrément concernant les associations de lutte contre les discriminations.

Enfin, comme dans le domaine de l'emploi, il propose de permettre aux personnes qui se regrouperaient pour la cause de déclencher une telle action de groupe, même lorsqu'elles ne sont pas représentées par une association.

3) La réparation des préjudices

Comme cela a déjà été souligné dans un précédent avis, une ouverture de l'action de groupe risque de n'avoir que peu d'impact sur la lutte contre les discriminations, si cette nouvelle voie de recours n'est pas perçue comme efficiente. Or, pour qu'elle le soit, il est essentiel qu'elle permette une réparation intégrale des préjudices des victimes.

- Cessation de manquement

Le Défenseur des droits note que la commission des lois du Sénat n'a pas été suivie dans sa proposition visant à permettre la réparation, dans le cadre de l'action de groupe, des préjudices moraux résultant des discriminations en matière d'accès aux biens et aux services. Il souscrit pourtant à l'idée que, dans ce domaine, comme dans celui de l'accès à l'emploi, le préjudice subi par les victimes est souvent presque exclusivement moral.

Il note également que, contrairement à ce qui était prévu dans le texte d'origine, la garde des Sceaux a défendu devant le Sénat un amendement visant à ce que les préjudices, y compris

moraux, puissent être intégralement réparés dans le cadre d'une action de groupe en matière d'emploi¹.

Cet amendement a été rejeté, et le texte transmis à l'Assemblée Nationale réduit finalement l'action de groupe à une simple action en cessation de manquement, comme le proposait la commission des lois qui entendait par là tirer toutes les conséquences des restrictions figurant dans le projet de loi initial².

Si de telles dispositions étaient maintenues, il est difficile d'imaginer dans quelle mesure une action de groupe pourrait présenter une utilité pour les victimes d'une discrimination collective. Celles-ci auraient, en effet, tout intérêt à se tourner directement vers le conseil de prud'hommes, le cas échéant en demandant la jonction de leurs affaires afin que celles-ci soient jugées ensemble.

À défaut, les victimes de discriminations s'exposeraient à des délais de procédures très longs, voire déraisonnables, puisque vu les enjeux financiers qu'ils porteraient, les jugements rendus dans le cadre d'actions de groupe ne manqueraient pas de faire l'objet de toutes les voies de recours possibles, et que ces procédures collectives devraient nécessairement être suivies de procédures individuelles, à défaut de quoi les préjudices ne seraient pas réparés.

Le Défenseur des droits rappelle que la France a été condamnée à plusieurs reprises pour ses délais de procédures excessifs.

Enfin, il souligne une nouvelle fois le fait qu'une telle restriction en matière de réparation des préjudices nés de discriminations pourrait être jugée contraire au principe de réparation intégrale des préjudices énoncé par la CJUE³ et par la Cour de cassation, ainsi que par l'article L.1134-5 du code du travail introduit par la loi du 27 mai 2008. Le Défenseur des droits rappelle également que les faits de discriminations doivent faire l'objet de sanctions dissuasives.

- Entrée en vigueur différée

Il est également nécessaire de rappeler que figure toujours à l'article 46 du projet de loi une disposition aux termes de laquelle la procédure d'action de groupe ne sera applicable qu'aux actions portant sur des discriminations survenues après l'entrée en vigueur de la loi.

La commission des lois du Sénat avait pourtant proposé de lever cette restriction en rappelant que le Conseil constitutionnel, saisi de la question de l'applicabilité de la procédure d'action de groupe en matière de consommation aux préjudices antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi⁴, avait jugé que celle-ci n'était pas contraire à la Constitution dans la mesure où ces règles de procédure ne modifiaient pas les règles de fond définissant les conditions

¹ http://www.senat.fr/enseance/2015-2016/122/Amdt_278.html

² Celui-ci prévoyait que seuls les préjudices survenus postérieurement à la saisine de l'employeur - par un syndicat ou une association - pour une discrimination collective, pourraient faire l'objet d'une réparation en justice dans le cadre d'une action de groupe

³ CJUE, 2 août 1993, Aff. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, C-271/91.

⁴ Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014

de la responsabilité du défendeur. La loi sur la santé ne prévoit pas non plus d'entrée en vigueur différée de l'action de groupe qu'elle institue et elle permet une indemnisation sans limite (article 184).

Dans sa décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, à propos de la loi de modernisation de notre système de santé, le Conseil constitutionnel a jugé que « les dispositions contestées sont relatives à la procédure par laquelle la responsabilité d'un professionnel à l'égard des usagers du système de santé peut être judiciairement constatée ; qu'elles ne modifient pas les règles de fond qui définissent les conditions de cette responsabilité ; que, par suite, l'application immédiate de ces dispositions ne leur confère pas un caractère rétroactif ».

Le Défenseur des droits est donc d'avis de lever cette restriction qui priverait d'action de groupes toutes les victimes identifiées à ce jour.

4) Des questions procédurales en suspens

Cette procédure d'action de groupe en matière de discriminations diffère nécessairement de celles récemment instituées en matière de santé et de consommation. De plus, certains points de procédure ont certainement vocation à être traités par voie réglementaire.

Il apparaît toutefois nécessaire d'attirer l'attention sur certaines questions centrales, au premier rang desquelles figure la procédure en cessation de manquement.

En l'état actuel du texte, celle-ci est en effet la seule ouverte en matière d'emploi. Or, s'il apparaît que le projet de loi définit une procédure précise s'agissant de l'action en réparation du préjudice (Titre V, chapitre I^{er}, section 3), cela n'est pas le cas pour l'action en cessation du manquement qui fait l'objet de la section précédente, composée de l'unique article 23.

La procédure de jugement sur la responsabilité, comprenant la définition du groupe, les critères de rattachement à celui-ci, les mesures de publicité nécessaires à l'information des personnes dont les droits ont été lésés... n'est donc pas applicable, en l'état actuel du texte, aux actions de groupe en matière d'emploi, dénuées de vocation indemnitaire.

De ce fait, en matière d'emploi, aucune précision ne figure dans le projet de loi sur l'autorité qui s'attache à un tel jugement et ses effets sur les tiers. En effet, si une décision collective rendue dans le cadre d'une action de groupe ne revêt l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des personnes dont le préjudice a été réparé, qu'en est-il des décisions portant uniquement sur la cessation d'un manquement initiée par un syndicat ?

Se pose également la question des mesures qui peuvent être ordonnées dans le cadre d'une telle procédure. Mettre fin à des discriminations salariales nécessite le plus souvent, par exemple, d'accorder des augmentations individuelles aux salariés lésés, ce qui implique d'examiner leurs situations individuelles. De même, mettre fin à des licenciements, de salariés grévistes⁵, par exemple, implique leur réintégration. Faire cesser des discriminations résultant d'un accord collectif nécessitera de juger que certaines dispositions sont réputées non écrites, ou de préciser comment celles-ci doivent être interprétées.

⁵ L'interdiction des discriminations en raison de l'exercice normal du droit de grève figure à l'article L.1132-2 du code du travail, qui n'est pas mentionné dans le projet de loi

La question de l'articulation entre cette action de groupe et les actions prud'homales individuelles mérite également d'être posée, d'autant qu'à défaut de réparation intégrale des préjudices dans le cadre de l'action de groupe, il est probable que ces deux actions se succèdent ou se superposent.

Or, si le déclenchement d'une action de groupe suspend la prescription des actions en réparation du préjudice résultant du fait générateur de responsabilité, tel n'est pas le cas pour tous les autres préjudices individuels que pourrait connaître un salarié (heures supplémentaires non payées, harcèlement moral, licenciement abusif...).

Dans ces conditions, le salarié devra opérer un choix: participer à l'action de groupe et renoncer à ses demandes individuelles, ou saisir directement un conseil de prud'hommes sans attendre l'issue de l'action de groupe. Une troisième option consisterait à être partie simultanément aux deux actions, tout en sachant que l'une des deux aboutira avant l'autre.

Afin de ne pas être désavoués par le tribunal de grande instance saisi d'une action de groupe, les conseils de prud'hommes pourraient alors être tentés de sursoir à statuer en attendant qu'un jugement collectif soit rendu, étant entendu que celui-ci aurait de fortes chances de faire l'objet d'un appel, voire d'un pourvoi en cassation. Dans ces conditions, le salarié n'aurait pas à renoncer à l'une ou l'autre action mais s'exposerait à des délais de procédure extrêmement importants, qui lui serait particulièrement préjudiciable.

Pour en terminer sur cette question, il semble nécessaire d'examiner la façon dont pourrait se dérouler une action de groupe en prenant un exemple concret. Cela permettra de mettre en lumière les éventuelles carences du texte soumis à l'Assemblée Nationale.

L'exemple de l'affaire dite des « cheminots marocains » de la SNCF

Faits :

De très nombreux travailleurs étrangers ont été embauchés par la SNCF dans les années 70 en vertu de conventions de main-d'œuvre bilatérales. L'accès au cadre permanent de la SNCF étant, à l'époque, réservé aux ressortissants français⁶, un statut dérogatoire – le « PS25 » - a été créé pour permettre d'embaucher ces personnes.

En 2005, plus de 800 d'entre eux ont saisi le Conseil de prud'hommes de PARIS afin de voir reconnaître la discrimination dont ils estimaient avoir été victimes du fait de leur nationalité. Ils considéraient en effet que, du fait de leur nationalité, ils n'avaient pas pu bénéficier des mêmes opportunités de carrière que leurs collègues cheminots embauchés au statut, et que cela avait également eu un impact considérable sur leurs pensions de retraite.

Considérant qu'existait un lien très fort entre ces requêtes, le conseil des parties a demandé à la juridiction de les joindre afin de les juger ensemble, ce qu'elle a accepté, dans l'intérêt « d'une bonne justice », comme le permet l'article 367 du code de procédure civile.

⁶ Aujourd'hui, une clause de nationalité interdit toujours l'embauche au statut des travailleurs qui ne sont pas ressortissants d'un État de l'UE. Ce n'est plus le cas dans les autres entreprises publiques telles que la RATP ou EDF.

En septembre 2015, le Conseil de prud'hommes a reconnu la discrimination dont avaient été victimes la quasi-totalité des demandeurs et leur a accordé des dommages intérêts au titre de la discrimination dont ils étaient victimes depuis leur embauche.

Procédure d'action de groupe :

À titre liminaire, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 46 du projet de loi, l'action de groupe qu'il est proposé d'instaurer ne pourrait concerner que des discriminations dont le fait générateur est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi.

Sans suppression de cette disposition une telle affaire ne pourrait donc pas faire l'objet d'une action de groupe⁷. Dans son rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat, Monsieur Yves DÉTRAIGNE avait d'ailleurs relevé qu'une telle restriction ne se justifiait pas et avait proposé un amendement en ce sens.

La démonstration qui suit fera donc abstraction de cette limite.

Dans un premier temps, il aurait été nécessaire qu'**un syndicat représentatif interpelle la direction** de la SNCF **en lui demandant de faire cesser la discrimination** dont étaient victimes ces cheminots et éventuellement de procéder à une réparation de leurs préjudices.

La SNCF aurait alors pu supprimer la clause de nationalité qui figure toujours dans son statut. Une telle suppression, demandée de longue date par certains syndicats, aurait bénéficié aux salariés étrangers nouvellement embauchés par la SNCF, mais n'aurait pas eu d'impact sur la situation des victimes. Enfin, la SNCF aurait également pu indemniser volontairement les victimes, ce qui l'aurait contrainte à déboursier plusieurs dizaines, voire centaines, de millions d'Euros.

Ces hypothèses de règlement amiable du litige apparaissent toutefois peu probables dans la mesure où le déclenchement d'une action de groupe ne fait, en soi, peser qu'un risque financier très faible sur l'employeur.

En effet, elle ne permet, selon le texte présenté par le gouvernement, que de réparer les préjudices nés après l'interpellation initiale de l'employeur par le syndicat, et ce à l'exclusion des préjudices moraux. Dans cette affaire, elle permettrait donc uniquement aux victimes d'obtenir une indemnisation au titre du préjudice en matière de retraite postérieur à cette date.

Le Sénat est allé encore plus loin en supprimant toute possibilité d'indemnisation dans le cadre de cette procédure, au motif que les salariés seraient en tout état de cause contraints de saisir par la suite un conseil de prud'hommes pour voir réparer l'intégralité de leur préjudice, ce qui est exact. L'action de groupe deviendrait donc, dans le domaine de l'emploi, une simple action visant à la cessation de la discrimination.

À défaut de résolution amiable du litige dans les six mois, **le syndicat** qui aurait initialement interpellé l'employeur **pourrait saisir le tribunal de grande instance compétent**.

⁷ Aucune disposition similaire ne figure dans la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. Saisi à ce sujet, le Conseil constitutionnel avait considéré que l'application immédiate de la nouvelle procédure à des faits antérieurs à la promulgation de la loi ne lui conférait pas un effet rétroactif, et qu'elle était donc conforme à la Constitution.

Il convient à ce stade de noter que le déclenchement d'une procédure judiciaire portant sur des sommes aussi considérables pourrait mettre en porte-à-faux un syndicat, qui aurait alors à choisir entre les intérêts des victimes de discrimination et ceux de l'ensemble des salariés, dont les augmentations de salaires ou les primes pourraient être réduites en raison de l'impact financier de cette action.

C'est pourquoi il apparaît essentiel que les associations de lutte contre les discriminations, qui sont des tiers à l'entreprise, puissent également être à l'initiative de telles procédures.

On relèvera que le projet de loi ne donne aucune précision quant au déroulement de l'action en cessation du manquement. Les indications relatives à la procédure devant le juge ne figurent en effet que dans la section relative à l'action en réparation. Pour les besoins de la démonstration, on considèrera que ces deux actions se déroulent selon les mêmes règles.

En l'espèce le soutien à ces actions s'est fait en dehors de l'action syndicale.

Le juge rendrait ensuite un jugement collectif portant sur la responsabilité de la société. Il devrait donc définir les différents groupes de salariés en précisant les critères de rattachement à l'un ou l'autre groupe. Dans la présente affaire, ce pourrait être la nationalité des personnes lors de leur embauche, puisque de celle-ci dépend la convention de main-d'œuvre applicable. Ce pourrait également être l'âge auquel le salarié a éventuellement été naturalisé puisqu'il était possible pour un salarié embauché en contrat « PS25 » de passer au statut en cas de naturalisation avant 30 ans...

Afin que le juge puisse se prononcer sur la dimension collective du contentieux, la réalité de la discrimination invoquée, et déterminer les groupes avec suffisamment de précision, il faudrait qu'un certain nombre de salariés acceptent dès cette phase qu'il soit fait état de leur cas individuel. Ces salariés, contrairement à ceux qui se joindraient à l'action durant la phase suivante, s'exposeraient donc tout autant, si ce n'est plus, que dans le cadre d'une procédure individuelle.

Ce jugement devrait également préciser quels types de préjudices sont susceptibles d'être réparés pour chaque catégorie de salarié de chaque groupe. Il devrait également déterminer les mesures de publicités nécessaires à l'information des victimes potentielles de la discrimination constatée, afin que celles-ci puissent décider si elles entendent faire valoir le droit dans le cadre de cette procédure.

Toutefois, cette publicité ne pourrait avoir lieu qu'une fois le jugement devenu définitif. Or, s'agissant d'une procédure concernant un grand nombre de salariés et dont les implications financières seraient importantes, il faudrait s'attendre à ce que la société épuise les voies de recours⁸ ce qui prendrait de nombreuses années.

Une publicité du jugement pourrait alors être réalisée aux frais de la société et les victimes pourraient décider, dans un temps déterminé, de se joindre au groupe en vue d'une réparation d'une infime partie de leur préjudice. Toutefois, à ce stade comme en amont, les

⁸ Le taux d'appel pour les contentieux prud'homaux individuels était de plus de 67% en 2013 (Les chiffres-clés de la Justice 2015)

salariés auraient sans doute tout intérêt à se tourner directement vers un conseil de prud'hommes.

En outre, si la réparation prévue par le texte initial paraît dérisoire, il convient d'ajouter qu'il est difficile d'imaginer quelle mesure le juge pourrait ordonner pour faire cesser une telle discrimination. En effet, comme cela a été exposé précédemment, ordonner que la clause de nationalité soit laissée inappliquée par la société ne mettrait pas fin à la discrimination subie par les victimes. Cela n'aurait d'effet que sur des tiers à l'instance. La cessation d'une telle discrimination impliquerait nécessairement la réparation intégrale du préjudice des victimes, ce qui est expressément exclu par le projet de loi.

Au total dans quels cas une action en cessation pourrait-elle produire des effets à l'égard des personnes pour le compte desquelles une action de groupe a été déclenchée ?

Cela pourrait éventuellement être le cas pour des personnes qui auraient été empêchées de postuler à un poste en raison d'une disposition ou d'une consigne discriminatoire. Toutefois, la durée d'une telle procédure pourrait ne pas être adaptée à la situation de personnes souhaitant se porter à nouveau candidates à un poste.

Cela pourrait également être le cas pour des salariés qui n'auraient pas bénéficié d'un avantage accordé par un accord collectif (indemnité, prime annuelle...).

Toutefois, dans ces deux hypothèses, seuls les préjudices des personnes ayant été victimes de cette discrimination pourraient être réparés dans le cadre de l'action de groupe, et non ceux des victimes dont la situation a motivé le déclenchement de cette action. Cela semble assez paradoxal.

Concernant des licenciements discriminatoires (du fait d'une grève, par exemple), la cessation ne pourrait prendre que la forme de réintégrations mais les salariés seraient tout de même contraints de saisir un conseil de prud'hommes pour se voir verser l'intégralité des salaires qu'ils auraient dû percevoir depuis leur licenciement. Là encore, cette procédure n'apparaît pas adaptée du fait de sa longueur.

S'agissant d'inégalités salariales systémiques entre les hommes et les femmes mises en lumière par des rapports de situation comparée, la cessation nécessiterait une réévaluation des salaires du groupe discriminé. Or, l'action en cessation semble n'avoir aucune vocation financière. En outre, comme dans le cas précédent et dans celui des cheminots, une saisine du conseil de prud'hommes serait inévitable.

En conclusion, une action de groupe ne permettant pas la réparation intégrale des préjudices des victimes de discriminations semble dénuée d'intérêt pour les salariés ayant subi un préjudice important, ces derniers ayant intérêt à se tourner directement vers le conseil de prud'hommes. L'enchaînement de ces deux procédures risquerait d'engendrer des délais déraisonnables. En outre, les conseils de prud'hommes qui seraient éventuellement saisis à titre individuel par des salariés ne s'étant pas joints à l'action de groupe pourraient être tentés de sursoir à statuer dans l'attente de la décision collective du TGI.

Le texte dans son état actuel pourrait ne revêtir une certaine utilité que lorsque le litige porte sur une discrimination ponctuelle résultant d'une consigne générale établie ou de l'application d'un texte. Il est toutefois regrettable que les victimes doivent, dans ce cas,

attendre que la discrimination soit advenue, puisqu'à cette date, un préjudice non réparable dans le cadre de l'action de groupe est déjà réalisé.

II. L'action en reconnaissance de droits

Une « action en reconnaissance de droits » telle que celle qui serait instituée devant les juridictions administratives par l'article 46 bis du projet de loi semblerait plus efficace. Elle permettrait en effet à un syndicat ou à une association de saisir le juge en amont, sans qu'il soit nécessaire de faire état de situations individuelles. Toute personne pourrait alors se prévaloir de ce jugement de principe pour faire valoir ses droits.

Sur proposition du rapporteur de la commission des lois, le Sénat a ajouté au projet de loi un Titre V bis composé d'un unique article 46 bis introduisant dans le code de justice administrative une « action en reconnaissance de droits ».

Ce dispositif correspond à une préconisation émise par le groupe de travail présidé par Monsieur Philippe BÉLAVAL, dans le cadre d'un rapport sur l'action collective en droit administratif remis le 5 mai 2009 au vice-président du Conseil d'État.

Son champ est plus large que l'action de groupe introduite par le projet de loi puisqu'il permet à un syndicat professionnel ou à une association de saisir le juge d'une demande tendant à la reconnaissance d'un droit, au profit d'un groupe indéterminé d'agents publics ou d'usagers se trouvant dans une situation juridique identique au regard du droit en cause.

Le juge qui fait droit à cette action détermine les critères permettant à toute personne de se prévaloir de sa décision.

Ces personnes peuvent ensuite s'en prévaloir devant la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public mis en cause, dès lors que cette décision est passée en force de chose jugée.

En cas d'inexécution de cette décision, toute personne qui est en droit de s'en prévaloir peut saisir directement le juge de l'exécution sur le fondement de celle-ci.

Le Défenseur des droits soutient la création de cette action, complémentaire au dispositif de l'action de groupe, qui ne peut qu'aller dans le sens d'une plus grande efficacité de la justice administrative.

Il note que certains contentieux dont il a connaissance pourraient utilement être soldés par la mise en œuvre d'une telle action.

C'est par exemple le cas, dans l'emploi public, des nombreux contentieux portant sur l'octroi de l'avantage spécifique d'ancienneté institué par la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 au profit des fonctionnaires affectés dans « *des quartiers urbains où se posent des problèmes sociaux et de sécurité particulièrement difficiles* ».

Depuis de nombreuses années, des fonctionnaires de police revendiquent en effet le bénéfice de cet avantage qui leur est refusé sur le fondement d'un arrêté du 17 janvier 2001 dont ils contestaient la légalité.

Ces fonctionnaires estimaient que la définition des zones prévues par cet arrêté était contraire à la loi du 26 juillet 1991 dans la mesure où elles étaient limitées à deux circonscriptions larges à l'exclusion de toutes les autres. Une analyse plus précise et systématique des quartiers concernés au regard de leur dangerosité semblait s'imposer au regard des dispositions légales.

Par plusieurs arrêts en date du 20 novembre 2015⁹, le Conseil d'État a enjoint aux ministres concernés d'abroger l'arrêté litigieux et d'en adopter un nouveau.

Le Défenseur des droits est également régulièrement saisi de la question de la prescription d'indus sur rémunération réclamés par les comptables publics plus de cinq ans après l'émission d'un titre de perception.

Ces difficultés, affectent depuis 2010 des agents publics de l'État qui se voient réclamer le remboursement de sommes qui leur ont été indument versées par l'administration entre 1990 et 2005.

Le Défenseur des droits a fait valoir auprès des directeurs départementaux des Finances publiques concernés, que, à la suite d'un revirement de jurisprudence du Conseil d'État en date du 12 mars 2010, les actions tendant à la restitution des rémunérations indues versées aux agents publics, étaient désormais soumises à la prescription quinquennale et non plus à une prescription trentenaire¹⁰.

Toutefois, à de rares exceptions près, ces derniers ont considéré que cette nouvelle durée de prescription ne concernait pas les actions en recouvrement.

Constatant qu'aucune disposition législative n'était venue fixer un délai de prescription spécial à l'action en recouvrement des créances non fiscales et non domaniales de l'État, le Défenseur des droits a donc été contraint, par une décision du 12 novembre 2014, de recommander au Ministre des finances de prendre toute mesure en vue de mettre fin à ces pratiques.

À ce jour, aucune mesure n'a permis de solder ce contentieux. En outre, si certains tribunaux administratifs ont fait droit aux demandes des agents concernés, aucune de ces affaires n'a fait l'objet d'appel. En l'état, la jurisprudence n'est donc pas fixée.

Une action en reconnaissance de droit pourrait donc permettre au juge administratif de se prononcer sur l'ensemble de ces litiges.

C'est pourquoi le Défenseur des droits estime que l'introduction d'une telle procédure pourrait revêtir une grande utilité pour certains justiciables pour lesquels une action de groupe au sens du Titre V de présent projet de loi n'est pas ouverte ou n'apparaît pas adaptée du fait de la complexité de la procédure.

Le Défenseur des droits relève qu'en cas de création d'une telle action, il pourrait apparaître utile que le juge puisse prononcer des mesures à même d'assurer la publicité des décisions

⁹ CE, 5^{ème}ss, 20 novembre 2015, n^{os} 374912, 377146, 379735, 380784

¹⁰ La loi du 28 décembre 2011 a réduit à 2 ans le délai pour entamer une action en restitution des rémunérations trop versées aux agents publics, mais les directions départementales des Finances publiques persistent à considérer que ce délai légal ne concerne pas leur action propre.

rendues dans le cadre d'une action en reconnaissance de droit afin que l'ensemble des personnes susceptibles d'être concernées puissent en prendre connaissance. Cette information pourrait, par exemple, être assurée par des notes de service pour les agents publics, ou par des publications sur le site service-public.fr s'agissant de décisions concernant les usagers.

III. Dispositions relatives à l'état civil

Le Sénat a inséré dans le projet de loi un article additionnel (18 bis) modifiant l'article 55 du code civil. Cet amendement permet que le délai légal pour procéder à la déclaration de naissance d'un enfant auprès des services de l'état civil, qui est de trois jours, soit porté à huit jours lorsque l'éloignement entre le lieu de naissance et le lieu où se situe l'officier de l'état civil le justifie.

L'adoption de cette disposition a été saluée par le Défenseur des droits dans une décision du 21 mars 2016.

Le Défenseur des droits recommande en outre, dans cette même décision, que le délai légal prévu à l'article 55 soit porté à cinq jours au lieu de trois.

Le Défenseur des droits est régulièrement saisi de réclamations de parents qui, ne sachant pas que le délai de trois jours peut inclure des jours de fermeture des services de l'état civil, ne procèdent pas à la déclaration dans les délais impartis et se voient contraints de procéder à une déclaration judiciaire de naissance.

Or, jusqu'à l'issue de cette procédure judiciaire, qui peut durer jusqu'à dix-huit mois devant certains tribunaux et nécessite le ministère d'un avocat, l'enfant n'a pas d'existence juridique.

Cette situation apparaît contraire à l'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant aux termes duquel les États s'engagent à garantir les éléments constitutifs de l'identité de l'enfant.

En outre, aucun acte de naissance ne peut être établi durant cette période. Or, ce document est exigé pour l'ouverture de droits liés à cette naissance.

L'absence d'état civil entraîne ainsi une atteinte au bien-être et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Voir ci-jointe la décision n° PR/MDE/16-01 portant recommandation de réforme, qui explicite les motifs de la modification de l'article 55 proposée par le Défenseur des droits.