L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ?

Frédéric Guiomard

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2052>

DOI : 10.4000/revdh.2052

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Frédéric Guiomard, « L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 09 mars 2016, consulté le 09 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2052> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2052>

Ce document a été généré automatiquement le 9 octobre 2020.

Tous droits réservés

L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ?

Frédéric Guiomard

- 1 Le lien entre la lutte contre les discriminations et les actions de groupe est une question qui ne s'est posée que de façon récente en France. Elle a longtemps été ignorée, sans doute parce que l'action de groupe est étrangère à la tradition procédurale française, attachée au caractère personnel de l'action en justice. Ce n'est donc que postérieurement à la reconnaissance de l'action de groupe en droit de la consommation par la loi Hamon du 17 mars 2014 que des réflexions se sont engagées sur ce terrain. La période était d'autant plus propice à une telle réflexion que la France a inscrit dans son droit, en grande partie sous l'influence du droit européen, un ensemble de textes complet sur les discriminations, sans que ces normes se traduisent par des effets clairement mesurables. Les différentes mesures qui peuvent être faites de l'état du contentieux sur les discriminations montrent une faible mobilisation contentieuse de ces normes¹. Par ailleurs les différents « testings » opérés sur les pratiques discriminatoires montrent la persistance d'un niveau de discrimination important, dont on pourrait déduire une efficacité insuffisante des dispositifs existants de lutte contre les discriminations².
- 2 Se sont succédées alors différentes propositions de loi destinées à instaurer une action de groupe en matière de discrimination : la proposition de loi Benbassa³ puis la proposition de loi Leroux-Hamadi⁴. Elles ne purent aboutir. Afin de réfléchir à l'opportunité de son introduction dans le droit français, le gouvernement commanda alors un rapport public à Laurence Pécaut-Rivolier, Conseiller à la Cour de cassation. Les termes mêmes de la commande publique n'étaient pas excessivement encourageants, les ministres concernés précisant qu'une telle introduction « pourrait entraîner la remise en cause du rôle des organisations syndicales dans la conduite des actions collectives et mettre en péril les équilibres de [la juridiction prud'homale] ». Diverses pistes alternatives, destinées à renforcer les pouvoirs de la juridiction

prud'homale, étaient alors suggérées⁵. Le rapport, prudemment, ne prit pas parti contre l'instauration d'une telle action, mais il suggéra de construire une nouvelle articulation entre les actions collectives et les actions individuelles afin de renforcer l'efficacité des actions en justice dans la lutte contre les discriminations. Cette proposition fut ensuite intégrée à la réflexion sur la réforme des juridictions du travail par le Rapport Lacabarats⁶.

- 3 C'est dans ce contexte d'une hésitation gouvernementale que peut être compris le projet gouvernemental d'introduire une action de groupe en matière de discrimination dans le cadre du projet de loi sur la Justice du XXI^e siècle⁷. Ce projet est d'autant plus difficile à analyser qu'aux hésitations sur l'ambition du dispositif d'action de groupe, se mêlent des incertitudes liées à une rédaction étonnamment peu précise de l'ensemble du projet de loi sur la justice du XXI^e siècle⁸. Nul ne peut dire à ce stade de la procédure législative quel sera le visage de cette action de groupe, ni même si le projet pourrait aboutir. Le contexte postérieur au vote du texte par le Sénat, marqué par le départ de la Garde des Sceaux, et de la mise en route d'un projet de refondation du droit du travail ne paraît guère propice à un renforcement des prérogatives du juge.
- 4 Sans s'arrêter à ces questions conjoncturelles portant sur le sort du projet en cours de discussion, il convient de réfléchir plus en avant sur la place que le droit pourrait faire à des actions de groupe afin de rendre plus effective la lutte contre les discriminations. De ce point de vue, le projet présenté paraît mal engagé, à la fois en raison de la faiblesse du diagnostic qu'il pose sur l'état du droit existant et sur le rôle paradoxal qu'il entend confier au juge.
- 5 Pour ce qui est du diagnostic, celui-ci n'est dressé qu'à travers quelques formules rapides telles que la promotion d'un « outil permettant un meilleur accès à la justice et donc une meilleure effectivité du droit »⁹. Cette quête d'une effectivité de la norme grâce à l'action de groupe s'appuie sur des comparaisons avec le droit nord-américain. L'idée qu'une norme élargissant les contours d'une action en justice puisse à elle seule peser sur les comportements, sans porter attention aux conditions de l'accès au droit ni à la mobilisation des règles paraît quelque peu hâtive. La construction d'un rapport causal entre action de groupe et effectivité de la lutte contre les discriminations omet de prendre en compte les très nombreux facteurs qui contribuent à la mise en route de l'action en justice : coûts et délais de l'action, effets attendus, rôle confié aux représentants du personnel, inspection du travail et autorités indépendantes, protection de l'accès aux preuves et de la liberté d'agir en justice, connaissance du droit par les groupements concernés, implication des avocats dans ces procédures, etc.
- 6 En ce qui concerne ensuite le rôle confié au juge, le projet semble relier deux aspects contradictoires. Le développement de l'action de groupe implique un renforcement des prérogatives des juges dans la lutte contre les discriminations. Cette perspective n'est pourtant guère valorisée par le gouvernement actuel, qui semble considérer l'intervention des juges comme un frein au développement de l'emploi et à la croissance économique¹⁰. Cette contradiction est sans doute à l'origine du choix surprenant de mêler l'action de groupe à des processus de justice négociée, qui en amoindrissent considérablement la force.
- 7 En conséquence, ce projet de réforme, qui prétend dans un même mouvement combattre les discriminations, tout en multipliant les obstacles à l'exercice de l'action, pourrait être qualifié de « loi d'anesthésie », selon les termes employés par G. Lyon-

Caen et M.-C Bonnetête : elle conjugue la proclamation du traitement d'une question juridique essentielle sans mettre en œuvre les moyens qui permettraient de le faire¹¹.

- 8 Le texte présent étant loin d'épuiser la question de l'apport des actions de groupe à la lutte contre les discriminations, il conviendra d'abord de revenir un instant sur ce qui peut être attendu de l'introduction d'un tel dispositif dans le droit français. Il faudrait alors comprendre que les actions de groupe présentent une utilité, mais celle-ci ne peut s'entendre que dans le rapport qu'elle entretient avec les actions existantes. Cette marge d'utilité présentée par les actions de groupe (I) permet d'évaluer l'intérêt présenté par les dispositions proposées par le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle. Le caractère difficilement compréhensible du dispositif adopté conduit à considérer que ce texte ne présenterait qu'une utilité marginale dans la lutte contre les discriminations s'il venait à être adopté en l'état (II).

I. La marge d'utilité des actions de groupe dans la lutte contre les discriminations

- 9 L'apport de l'action de groupe à la lutte contre les discriminations est peu contestable : elle permet d'envisager la réparation de préjudices difficilement réparables au titre de l'action individuelle en justice, que ce soit en raison de la difficulté de l'accès à la justice, de la collecte des preuves, ou de la crainte des réactions de l'auteur de la discrimination.
- 10 L'utilité de l'introduction de l'action de groupe se mesure au regard de son apport au respect des droits des justiciables. Le dispositif nouveau ne s'inscrirait évidemment pas dans un désert juridique : il vient compléter les textes existant, qui ont consacré des voies d'action en justice déjà nombreuses. Ce panorama de la variété des actions (A) permettra alors de comprendre le supplément d'utilité spécifiquement apporté par les actions de groupe (B).

A. La variété des actions en justice

- 11 Au vu des textes, ainsi que des actions qui sont engagées sur leur fondement, on ne peut qu'être frappé par la richesse des outils procéduraux déjà mis en œuvre pour favoriser l'action en justice dans la lutte contre les discriminations, tant devant les juridictions civiles, répressives qu'administratives.
- 12 En premier lieu, le droit consacre quelques dispositions spécifiques à l'exercice de l'action en justice de droit commun, exercée dans l'intérêt personnel du demandeur. Celles-ci concernent à la fois l'interdiction des mesures de répression engagées contre un salarié exerçant une action fondée sur la discrimination (L. 1134-4 C. Trav.) et la prescription de l'action (L. 1134-5). L'action en justice individuelle est ainsi à la fois ouverte assez largement aux victimes et son exercice est protégé de façon spécifique. Les obstacles à l'exercice de ces actions ne résident donc pas dans le droit d'agir, mais dans d'autres aspects, à la fois juridiques (conception des discriminations) et factuelles (accès à la justice et aux preuves).
- 13 Ces actions individuelles sont complétées par des actions dites « collectives », en ce qu'elles permettent l'intervention de groupements chargés d'agir dans la défense d'un intérêt collectif déterminé. Ces actions sont surtout présentes dans le droit des

relations de travail. Le Code du travail confère aux syndicats le droit d'agir en défense de l'intérêt collectif de la profession (Art. 2132-3). Ils peuvent, devant toutes les juridictions, introduire une action ou intervenir dans une action déjà engagée, lorsque la discrimination porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession. La difficulté pourrait en la matière provenir de la définition très incertaine de l'intérêt collectif de la profession, et de la frontière qui sépare l'action dans l'intérêt personnel des actions menées dans l'intérêt collectif de la profession. Quand une discrimination peut-elle porter un intérêt collectif à l'intérêt de la profession ? La jurisprudence n'a pas véritablement éclairci cette question. Un arrêt de la Cour de cassation a précisé que l'action du syndicat était recevable dans un litige portant sur l'application du principe d'égalité de traitement, ce qui peut laisser entendre que les discriminations qui ont une portée collective et portent atteinte au principe d'égalité de traitement peuvent recevoir un régime comparable¹². L'analyse des contentieux montre que le texte est surtout invoqué en matière de discriminations syndicales. Nombre de juridictions admettent la recevabilité de l'action du syndicat, agissant en intervention, à la suite d'une demande principale formée par un salarié devant les juridictions prud'homales¹³. Certaines peuvent toutefois le refuser, au nom de l'absence de preuve de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession¹⁴. La mention, dans l'article L. 1134-2 C. Trav., de la faculté offerte aux organisations représentatives d'exercer « toutes actions » en application des dispositions relatives aux discriminations, devrait toutefois conduire à considérer que ces actions devraient être systématiquement reçues.

- 14 Il apparaît toutefois que ces actions ne sont pas menées de façon très courante : une étude systématique des décisions rendues par les cours d'appel en matière de discrimination syndicale au cours du dernier trimestre 2014 montre l'intervention des syndicats dans 12 affaires uniquement¹⁵. Plus rares encore sont les actions menées par les syndicats à l'encontre d'actes fondés sur d'autres motifs de discrimination¹⁶.
- 15 Les actions collectives ne sauraient être réduites aux seules actions menées dans l'intérêt collectif de la profession. Les institutions représentatives dans l'entreprise peuvent, dans le cadre de la défense de leurs prérogatives, engager des actions qui intéressent les questions de discrimination, que ce soit dans le cadre du respect de l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle (L. 2242-5 C. Trav.) ou dans celui de la consultation du comité d'entreprise sur les conditions de travail et d'emploi, notamment sur la constitution du plan d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (L1143-1 et 2), ce qui confère l'occasion aux représentants autant d'occasions de se saisir de ces règles afin de peser sur les comportements discriminatoires de l'employeur.
- 16 Les syndicats ne sont plus les seuls porteurs du droit d'agir. Le Code du travail, sur le terrain des discriminations, reconnaît aux associations spécialisées dans le champ du handicap (L. 5212-16) le droit d'agir lorsqu'un comportement « porte un préjudice certain à l'intérêt collectif qu'elles représentent ». Aucun exemple n'est connu de l'exercice d'une telle action devant les juridictions. Par ailleurs, l'article 1134-3 C. Trav. confère aux associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations la possibilité d'agir devant toutes les juridictions pour réclamer l'application des règles en la matière. Les exemples de telles actions sont rarissimes également¹⁷.
- 17 Enfin, dans une action qui combine la défense d'intérêts collectifs et individuels, le droit reconnaît des actions en défense des intérêts d'autrui à travers les actions de substitution, également reconnues dans le champ de la discrimination. Ces actions sont

ouvertes à la fois aux syndicats représentatifs (L. 1134-2 C. Trav.) et aux associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations (L. 1134-3 al.2). Une procédure spécifique reconnaît par ailleurs au délégué du personnel un droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles, avec une mention spécifique des mesures discriminatoires (L. 2313-2 C. trav.). Si l'employeur ne remédie pas à la situation, le délégué peut saisir le conseil des prud'hommes, qui peut, en statuant en la forme des référés « ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte ».

- 18 Les actions de substitution ne sont guère mobilisées par les syndicats, en raison du fait notamment qu'elles exigent d'identifier dans l'action les salariés victimes de discriminations et ne les mettent pas à l'abri des pressions de l'employeur, le droit leur reconnaissant le pouvoir de mettre un terme à l'action intentée en leur nom¹⁸.
- 19 Ces différentes règles ont permis un élargissement des actions en justice au-delà de l'intérêt personnel des salariés¹⁹ afin de mieux garantir le droit des victimes. La pluralité des actions autorise des stratégies d'action complexes, permettant de combiner la défense d'intérêts individuels et d'intérêts collectifs. L'étude des décisions de justice rendues permet d'identifier trois types de stratégies d'action distinctes.
- 20 A un premier niveau, l'action en justice est utilisée comme un moyen pour soutenir l'action des victimes, par le biais de l'aide à la constitution des dossiers, du soutien des défenseurs syndicaux, ou de l'intervention dans les litiges individuels. Les syndicats fournissent ici un appui à la fois matériel et symbolique, qui facilite l'accès à la justice pour les salariés.
- 21 À un deuxième niveau, les syndicats engagent des actions à une échelle plus large, en permettant de remédier aux discriminations subies par des collectifs de victimes, que l'on désigne souvent comme des « affaires sérieuses », parce qu'elles sont traitées en série par les juridictions²⁰. De façon quelque peu surprenante, ces contentieux ne mobilisent que très peu les dispositifs procéduraux d'action collective. Ils sont menés la plupart du temps sur le fondement d'un appui technique et matériel aux victimes, qui introduisent des actions individuelles devant les conseils de prud'hommes en prenant appui sur une expertise, des réseaux d'avocats et des jeux de conclusion standardisés. Ces actions peuvent être menées à une très large échelle, à l'instar des contentieux engagés par plus de huit cents travailleurs marocains à la SNCF afin de contester le refus de leur octroyer des avantages comparables aux personnels statutaires en raison de leur nationalité²¹.
- 22 À un troisième niveau, les syndicats ou associations utilisent l'action en justice dans le cadre d'une stratégie d'action à visée plus large, destinée à faire pression sur le comportement du ou des auteurs de discriminations. Combinée à une action médiatique, cette forme d'action en justice permet d'envisager une réparation collective, souvent obtenue en droit social sous la forme d'engagements ou d'accords collectifs organisant les modalités de la compensation de discriminations pratiquées par le passé à des échelles importantes, à l'image des accords sur la carrière des représentants du personnel signés dans certaines entreprises. Les actions entreprises peuvent ici emprunter les différentes formes déjà évoquées : actions individuelles, actions collectives ou de substitution.

- 23 Le large spectre des actions en justice existantes n'a cependant pas permis de dégager des outils efficaces dans la lutte contre les discriminations, ce qui justifie pleinement la promotion de nouvelles formes d'action en justice .

B. L'utilité de l'introduction d'une action de groupe dans le droit des discriminations

- 24 Le faible nombre d'actions en justice introduites sur le fondement du droit des discriminations au regard de l'ampleur des pratiques discriminatoires n'a pas une cause unique, mais l'hypothèse peut être posée que l'un des facteurs importants réside dans l'action en justice elle-même. Les actions existantes présentent en effet toutes des limites de nature à entraver le développement des contentieux.
- 25 Les actions individuelles, bien que largement ouvertes, ont de façon générale, des difficultés à se déployer, tant en raison de la difficulté de l'accès à la justice des personnes les plus vulnérables que du risque de réactions patronales faisant suite à l'introduction de contentieux, ou de l'accès aux preuves.
- 26 Les actions collectives ne paraissent pas se heurter à des obstacles comparables mais ne se déploient pas de façon suffisante pour constituer un outil efficace de lutte contre les discriminations. Le défaut de mobilisation de ces règles par les syndicats ou associations est à rechercher du côté des effets modestes produits par ce type d'actions.
- 27 Le droit trace une frontière étanche entre les actions exercées dans un intérêt personnel et les actions collectives. Alors que les premières permettent d'octroyer au profit des victimes les effets attendus des règles antidiscriminatoires, les secondes ne permettent de réparer que le préjudice propre au syndicat et non celui subi par les victimes. Plus précisément, la règle de l'autorité relative de la chose jugée impose que le jugement ne produise d'effet qu'à l'égard des parties au litige : il ne peut ni nuire ni profiter aux tiers. Pour pouvoir bénéficier aux victimes, la décision judiciaire exige donc que celles-ci soient personnellement parties à l'instance ou, à tout le moins, qu'elles y soient représentées dans le cadre d'une action de substitution. Cette règle classique du droit conduit à limiter la portée des affaires menées à la fois sur un plan individuel et sur un plan collectif.
- 28 Les litiges individuels, en premier lieu, n'apportent qu'une réponse individuelle, alors que les discriminations sont, le plus souvent, le fruit d'inégalités de traitement collectives. Le jugement ne peut cependant produire d'effet qu'à l'égard du demandeur, sans que le juge ne puisse à aucun moment tirer des conséquences sur les pratiques collectives qui sont à l'origine de l'affaire qu'il examine. Il appartient à chaque victime de saisir le juge individuellement et de convaincre le juge du bien-fondé de sa demande, en produisant les éléments de preuve déjà produits dans le cadre d'instance précédemment menées par d'autres victimes.
- 29 L'étude systématique des décisions rendues dans des litiges opposant des salariés à une même entreprise pour des faits de discrimination montre pleinement les limites de ces actions individuelles. Les affaires les plus nombreuses concernent des discriminations subies par les représentants du personnel dans le déroulement de leur carrière. Ces litiges ont une nature collective, provenant des choix faits dans la gestion des carrières des représentants du personnel par l'entreprise. Les actions en réparation sont cependant menées de façon individuelle, mais sur la base de demandes et de moyens

identiques. Les juridictions saisies n'ignorent pas la dimension collective des litiges et traitent ces dossiers de façon collective, en adoptant systématiquement des motivations identiques, mais elles adaptent le *quantum* des réparations aux demandes formulées. Ce traitement collectif d'affaires individuelles est loin d'être satisfaisant. Les affaires se heurtent à la dispersion géographique du contentieux, en raison à la fois de la répartition des établissements d'une même entreprise et des règles régissant la compétence territoriale en matière prud'homale, qui proposent une option de compétence entre plusieurs juridictions au demandeur (C. Trav., Art. R.1412-1). Des affaires soulevant des questions factuelles et juridiques identiques peuvent alors être traitées de façon différente selon la Cour d'appel devant laquelle elles échouent. L'exemple des litiges -nombreux relatifs à l'égalité de traitement à l'égard des représentants du personnel dans les Caisses primaires d'assurance maladie en fournit une illustration topique. Ces litiges conduisent à apprécier les raisons du retard de carrière subis par les représentants du personnel. La Cour d'appel de Versailles insiste sur les retards de rémunération collectivement subis par les représentants du personnel, tels que les relèvent les panels produits par les demandeurs²². La Cour d'appel de Douai insiste, de son côté, sur les déterminants individuels à l'origine de ces retards²³. Selon elle, l'entreprise avait mis en place un cadre permettant un égal accès aux formations professionnelles et le fait pour les salariés concernés de n'avoir pas su s'en saisir est présenté comme la cause individuelle du retard de carrière. Les deux juridictions parviennent ainsi à un résultat opposé, sur la base de raisonnements très différents.

- 30 La difficulté à conjuguer l'action collective en justice et l'octroi de réparations individuelles au profit des victimes peut ainsi être identifié comme un frein majeur à l'utilisation de l'action en justice en tant qu'outil de lutte contre les discriminations.
- 31 Afin d'y remédier, il est aujourd'hui envisagé d'introduire des actions collectives nouvelles. Le Rapport Lacabarats a proposé une efficacité accrue dans le traitement de ces affaires en désignant une juridiction unique comme « tête de file » afin de traiter le litige ainsi que l'instauration d'actions collectives nouvelles devant les TGI, dans lesquelles les décisions recevraient un effet *erga omnes*²⁴. Il renvoie aux réflexions du rapport Pécaut-Rivolier pour ce qui est des modalités de mise en oeuvre. Celui-ci avait proposé une sorte d'action en déclaration de responsabilité qui serait menée par les organisations syndicales représentatives devant le TGI. À défaut de réparation à la suite de cette décision, il imaginait une action individuelle en réparation devant les juridictions prud'homales. Le jugement initial aurait cependant une autorité simplement probatoire : il permettrait d'inverser la charge de la preuve et laisserait à nouveau la possibilité à l'employeur de prouver l'absence de discrimination individuelle à l'encontre du salarié. Cette solution peut être vue comme insuffisamment ferme, car elle conduit à nouveau à imposer le relais d'une action individuelle et la réouverture de débats sur la preuve et la justification des discriminations dont l'issue est pour le moins incertaine.
- 32 Au regard de cette analyse, l'action de groupe apparaît comme la seule voie qui organise un passage structuré entre l'action collective et la réparation individuelle. Le projet de loi ne répond que très modestement à une telle attente.

II. L'utilité marginale de l'action de groupe proposée dans le projet de loi pour la justice du XXI^e siècle

- 33 Le projet de loi pour la justice du XXI^e siècle présente un dispositif qu'il dénomme « action de groupe » qui ne répond à aucun modèle connu. Il est difficile à décrypter les raisons pour lesquelles le gouvernement a proposé un dispositif qui, au final, ne présente pas de véritable utilité : expertise technique insuffisante, objectifs politiques peu clairs ou dissensions au sein de la majorité expliquent-ils les choix opérés ? Le projet ne manque pas de surprendre de par les multiples imperfections qu'il présente, au point de souvent confondre action de groupe et action collective²⁵.
- 34 Quelles que soient les raisons de ces choix, le dispositif proposé, en son état actuel, ne pourra contribuer significativement à la lutte contre les discriminations, tant en raison de son excessive complexité (A) que de son caractère très peu contraignant (B).

A. La complexité du dispositif

- 35 Le projet de loi envisage de créer un nouveau droit d'agir dans les litiges portant sur les discriminations, tant devant le juge judiciaire que devant le juge administratif. Ce droit est confié soit à des associations agréées au niveau national, dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les discriminations²⁶, ainsi qu'aux syndicats représentatifs au niveau national interprofessionnel, au niveau de la branche ou au niveau de l'entreprise²⁷. La sélection des acteurs de l'action pourrait être débattue en ce qu'elle conduit à écarter des associations non agréées ou des syndicats non représentatifs. Le choix peut cependant être justifié par la nécessité de sélectionner les acteurs à même de défendre un intérêt collectif, dont la qualité à agir a vocation à être précisé par le législateur afin que des groupes très minoritaires ne s'érigent pas en défenseurs de cet intérêt collectif.
- 36 Le caractère difficilement opératoire du dispositif porté par le texte découle tant de son champ d'application incertain (1) que des complications procédurales qu'il met en place (2).

1. Un champ d'application incertain

- 37 Le projet de loi prétend être structuré autour de deux axes : la création d'un cadre de droit commun applicable à l'ensemble des actions de groupe, tant en matière judiciaire qu'en matière de droit administratif, et la création d'une action de groupe spécifique aux discriminations²⁸.
- 38 La procédure de droit commun devrait créer un cadre général applicable à toutes sortes d'hypothèses dans lesquelles des préjudices comparables sont causés à des groupes de justiciables, même en dehors de l'hypothèse des discriminations²⁹. Or le projet (article 19) n'inclut dans ce cadre général que deux domaines : les discriminations régies par le droit de l'Union Européenne telles que la loi du 27 mai 2008 les a déterminées³⁰ et les discriminations dans les relations de travail telles que régies par les articles L. 1134-6 à L. 1134-10. Les actions devant les juges administratifs sont limitées aux actions en matière de discrimination relevant de la loi du 27 mai 2008. Le prétendu cadre commun pour les actions de groupe ne permet d'appréhender aucun autre domaine. Il n'a donc

pas pour vocation de s'appliquer aux actions de groupes déjà instaurées (droit de la consommation³¹, droit de la santé³²).

- 39 L'absence de tout véritable objet pour ce cadre procédural commun avait conduit à l'expression de réserves de la part du Conseil d'Etat dans son avis rendu sur le texte. Il indiquait que la création de ce cadre commun « pourrait être regardée comme dénuée de caractère normatif ou entachée d'incompétence négative, s'il ne trouvait pas immédiatement à s'appliquer³³ », mais il admettait que son application immédiate aux actions en matière de discrimination pouvait proposer un modèle qui, par la suite, aurait « vocation à être étendu » à d'autres matières. Le Conseil prenait en exemple le droit de la santé ou le droit de la consommation, mais ceux-ci sont pour l'heure régis par des procédures propres. La nuance avancée par le Conseil d'Etat pourrait donc être balayée, et il existe en conséquence des arguments sérieux pour que le texte soit, en l'état, censuré par le Conseil constitutionnel au titre de l'exigence de clarté ou de l'objectif d'intelligibilité de la loi ou encore de son défaut de portée normative.
- 40 Pour ce qui est ensuite des actions de groupe spécialement inscrites dans le chapitre consacré aux questions de discrimination, celles-ci sont envisagées dans deux sections étrangement construites. Une première section comporte des « dispositions générales » qui inscrivent les actions de groupe dans le cadre du code du travail et de la loi du 28 mai 2008, ainsi que des dispositions qui viennent limiter les préjudices réparés dans le cadre des relations de travail (article 44). La section 2 est ensuite consacrée aux « actions de groupe dans les relations relevant du Code du travail », dispositions qui viennent pour l'essentiel apporter des contraintes complémentaires à celles fixées dans le cadre commun... alors que ce dernier n'a pas d'autre champ d'application que le droit des discriminations...
- 41 Le texte voté au Sénat prétend avoir clarifié ces règles en distinguant d'un côté une « action de groupe « 'discrimination' à vocation généraliste » et une action de groupe « discrimination limitée au champ de l'emploi privé ou public³⁴ », mais ces corrections ne sont que marginales.

2. L'excessive complexité des procédures

- 42 Les dispositifs imaginés par la proposition de loi sont d'une rare complexité, non seulement comme nous l'avons vu en raison d'une articulation mal maîtrisée entre la procédure générale et les dispositions spéciales, mais encore en conséquence d'une vision excessivement formaliste du déroulement de l'action. La simple restitution du cheminement procédural permettra de le montrer. Ne seront évoquées ici que les procédures judiciaires, mais le mécanisme retenu en matière administrative est très comparable³⁵.
- 43 Pour ce qui est des questions de compétence juridictionnelle, l'ensemble des litiges portant sur les relations de travail se voit confié au tribunal de grande instance, tant en ce qui concerne la procédure de cessation, que la procédure de réparation et de liquidation, même individuelle (article 45).
- 44 L'ensemble des procédures doit commencer par une mise en demeure, destinée à faciliter l'engagement d'un processus de solution négocié. Elles doivent être suivies d'un délai d'attente de quatre mois à compter de la mise en demeure (article 22). Cette procédure connaît une déclinaison particulière dans le champ des relations de travail : l'employeur doit, à la suite de la mise en demeure, informer le comité d'entreprise et

« engager une discussion » si les représentants du personnel le demandent. Le délai d'attente avant la saisine de la juridiction est ici porté à six mois (article 45).

- 45 Deux types d'actions distinctes peuvent alors être engagées. La première procédure, en cessation du manquement (article 23), a pour seule finalité de faire cesser le manquement dans un délai fixé par le juge. Ici encore, la mesure peut s'appuyer, comme son nom l'indique, sur une médiation judiciaire. Cette procédure n'est en réalité pas une action de groupe, mais une action collective réservée aux syndicats représentatifs et aux associations agréées spécialisées dans la lutte contre les discriminations. Elle n'apporte rien de spécifique par rapport aux actions collectives existantes en droit du travail. Tout au plus peut-on imaginer qu'elle permettrait de mener au fond des procédures jusqu'ici engagées en référé afin de faire cesser un trouble manifestement illicite. Limitées dans leur objet à la cessation du manquement (pour l'avenir), elles ne pourront servir à l'octroi de réparations. Aucune disposition n'est prévue pour permettre aux victimes de se prévaloir individuellement d'une telle décision par la suite. Le second type de procédure est l'action en réparation (articles 24 et s.). Celle-ci commence par un jugement sur la responsabilité. Le juge se prononce sur la responsabilité du défendeur, en délimitant le groupe des victimes et les critères de rattachement à ce groupe, et en indiquant les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque catégorie identifiée. C'est ce jugement, semble-t-il, qui va déterminer si la procédure se poursuit par une réparation individuelle ou par une procédure collective de liquidation des préjudices. Dans le premier cas, les personnes ne sont pas identifiées nommément et elles doivent adhérer au groupe pour réclamer indemnisation (système d'« opt in »). Dans le second, les personnes sont identifiées ou identifiables par catégories, ainsi que les préjudices : la liquidation peut être demandée collectivement par le syndicat ou par l'association à l'origine de la demande.
- 46 Dans les actions en réparation, la liquidation des réparations est imaginée de façon différenciée. Dans la procédure individuelle (article 27 et suivants), les victimes, individuellement, viennent soit formuler une demande auprès de la personne responsable, soit adhérer au groupement à l'origine de l'action qui se charge de présenter la demande. La suite de la procédure est assez sommaire : le défendeur propose une indemnisation ; à défaut d'accord, la victime peut individuellement saisir le juge pour trancher. Dans la procédure collective (articles 30 et ss), on aurait pu imaginer une procédure plus simple : les préjudices et les personnes étant identifiés, il suffirait d'octroyer la réparation. Il n'en est rien : le groupement demandeur peut engager une négociation et « transiger » sur le montant des réparations, dans des limites définies par le jugement (article 30). L'accord ainsi obtenu est alors soumis à l'homologation du juge, mais un délai minimal de 6 mois par rapport au jugement de responsabilité vient encore ralentir le cours de la procédure, sans qu'on en comprenne les raisons. L'homologation peut être refusée si l'accord ne préserve pas assez l'intérêt des victimes et le juge peut renvoyer à une nouvelle négociation. A défaut d'accord, le juge statue dans les limites du jugement de responsabilité. Si le tribunal n'est pas saisi dans un délai d'un an à compter de ce jugement, celui-ci devient caduc.
- 47 Ces complexités procédurales suffiraient à décourager toute initiative, mais le projet a fait, en outre, le choix de retenir un dispositif très peu contraignant.

B. Le caractère peu contraignant du dispositif proposé

- 48 L'action de groupe proposée dans le projet de loi serait très peu contraignante à l'encontre des responsables des discriminations, en raison à la fois de la place prépondérante qu'il confie aux solutions négociées (1) et au montant dérisoire des réparations qu'il permet d'octroyer (2).

1. La place prépondérante des modes négociés de résolution des litiges

- 49 Le projet de loi en discussion a fait le choix d'ouvrir la voie à des modes négociés de résolutions du litige tout au long de la procédure. Les raisons en sont clairement énoncées : il s'agit, selon les motifs du projet de loi de « privilégier la voie consensuelle³⁶ ».
- 50 Cette place prééminente conférée à la négociation des réparations dans le dispositif conduit ainsi à un projet peu cohérent, mêlant une volonté de développer des actions tout en bridant leur utilisation par des freins procéduraux multiples. Le recours systématique à la médiation conduit ainsi à ralentir le cours de la procédure, qui ne peut commencer qu'après mise en demeure préalable et un délai d'attente avant d'engager l'action.
- 51 Le recours à des solutions négociées est ensuite organisé après que le juge a prononcé un jugement sur la responsabilité. Celles-ci peuvent être menées dans la procédure individuelle de réparation. À la suite du jugement sur la responsabilité, le responsable propose une indemnité et ce n'est qu'en cas de désaccord sur son montant que la demande de réparation individuelle peut être formulée (art. 29). Des négociations peuvent également être menées dans la procédure collective. Le demandeur est alors habilité à transiger sur le montant des réparations, dans des limites fixées par le jugement (art. 30). L'accord qui en résulte est homologué par le juge, qui ne pourrait le refuser que si « les intérêts des parties et des membres du groupe lui paraissent insuffisamment préservés ». En ce cas, il peut éventuellement renvoyer à une négociation de la solution. Ce contrôle léger sur la teneur de l'accord contraste avec l'une des finalités des actions de groupe qui est d'assurer le respect des normes juridiques à l'égard des personnes, même en présence d'objets de litige modestes³⁷.
- 52 Ce recours systématique aux processus négociés est le signe d'une défiance à l'égard de l'intervention des juges, ce qui paraît contradictoire avec l'idée même d'action de groupe, qui suppose de donner un rôle prépondérant aux juges dans la lutte contre les discriminations.

2 Le montant dérisoire des réparations octroyées

- 53 Le caractère très restrictif des actions admises dans le cadre de ces actions de groupe en matière de discrimination, seul domaine d'application de ce texte, est finalement attesté par la triple limitation des préjudices indemnisables³⁸.
- 54 Le projet limite d'abord les préjudices pris en charge (article 44 al. 9). Seront exclus de la réparation les préjudices moraux : l'action ne permettra, pour les discriminations dans l'emploi, que la réparation des préjudices économiques. Si une telle limitation est concevable en droit de la consommation, elle est difficilement compréhensible dans les

actions fondées sur la discrimination dans lesquelles ces préjudices sont souvent importants.

- 55 Même au sein de ces dommages économiques, le texte restreint ensuite dans le temps les préjudices réparés (article 44 al. 12): seuls ceux nés « après la réception de la mise en demeure » seront réparables. En d'autres termes, le préjudice pris en charge par l'action de groupe est celui du défaut de réparation à compter de la mise en demeure, mais le préjudice né de la discrimination demeure étranger à l'action de groupe.
- 56 Enfin, du point de vue de l'application dans le temps, le projet de loi prévoit une réparation des seuls préjudices dont le fait générateur ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la future loi (article 46).
- 57 L'action de groupe ne permet donc pas d'envisager véritablement la réparation des préjudices nés des discriminations. Elle ne pourra déboucher que sur un jugement de responsabilité mais non sur une réparation. Le texte prévoit alors, en son article 37, une possibilité d'agir en réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par le jugement, selon les règles du droit commun. Cette précision devrait conduire à écarter le jeu de l'unicité de l'instance, mais le texte n'a pas pris le soin de le préciser. Ces actions seront par ailleurs préservées par la suspension des délais de prescription (article 35). *A minima*, le texte n'organise aucune passerelle qui permettrait de lier le jugement de reconnaissance de responsabilité avec les actions individuelles, comme l'avait proposé le rapport Pécaut-Rivolier³⁹. Les juridictions prud'homales ne seront donc en rien liées par cette décision et l'ensemble du débat sur la reconnaissance d'une discrimination devra à nouveau être engagé devant le juge prud'homal.
- 58 Le caractère dérisoire des réparations a conduit le Sénat – qui ne s'est pourtant guère enthousiasmé sur ce projet d'action de groupe – à ne plus exclure la réparation aux préjudices moraux ou antérieurs à la mise en demeure (article 44) et à supprimer les dispositions transitoires limitant la réparation aux dommages nés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (article 46).
- 59 Le caractère très imparfait du texte en discussion montre ainsi que l'action de groupe est une voie à explorer dans la lutte contre les discriminations, mais que le texte proposé n'en dessine qu'un ersatz éloigné. S'il devait être adopté en l'état, il ne serait qu'un moyen anecdotique à disposition des syndicats et des associations. Il reste à espérer que les débats à venir favorisent une prise de conscience du lien essentiel qui unit la lutte contre les discriminations, l'action en justice, et les acteurs collectifs susceptibles de l'exercer dans l'intérêt des victimes.

NOTES

1. E. Serverin, F. Guimard, Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010) Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013 ; B. Bossu (Dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse*

d'un droit fondamental, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2014.

2. Voir en dernier lieu DDD-OIT, 9^e ed. Du Baromètre du Défenseur des droits et de l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi « Le physique de l'emploi », Etudes&résultats, fev. 2016 ; sur les discriminations en raison de l'origine, v C. Beauchemin, Chr. Hamel, P. Simon, *Trajectoires et origines, Enquête sur la diversité des populations en France*, ed. Ined, 2016, chap. 14, p. 413 et s. : « Les discriminations en France : entre perception et expériences ».

3. Proposition de loi déposée par Mme E. Benbassa et autres, visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, Sénat, n° 811 du 25 juill. 2013

4. Proposition de loi Déposée par MM. B. Le Roux et R. Hammadi et autres, instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, A.N. n° 1699 du 14 janv. 2014

5. V. L. Pécaut-Rivolier, D. Pons, *Les discriminations collectives en entreprise - Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, Ministère de la justice, Ministère des droits des femmes, Déc. 2013, p. 8.

6. A. Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 2014, p. 57

7. Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, n° 661, déposé au Sénat le 31 juillet 2015 et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale

8. V. L. Cadiet, pour qui ce projet « comporte d'étonnantes et peu admissibles malfaçons à ce stade du processus de fabrication de la loi », « De mots en maux ? La réforme J 21 suit son cours (qui s'amenuise) », *Procédures* n° 12, Décembre 2015, repère 11

9. Etude d'impact. *Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle*, Sénat, NOR : JUSX1515639L, 31 juillet 2015

10. Le projet de loi pour la croissance et l'activité avait ainsi proposé une réforme de la juridiction prud'homale au nom de la « levée des freins à l'activité », v. P. Lokiec, « Avis de tempête sur le droit du travail », *RDT* 2014. 738

11. G. Lyon-Caen et M.-C. Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. Soc.* 1973. 493 ; F. Guionard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? » *RDT* 2016. 52

12. Soc. 12 Février 2013, n° 11-27.689, Bull. civ. V, n° 36. L'affaire concerne le refus de verser une prime de temps de repas à une partie des salariés ayant un régime de temps de travail particulier.

13. Pour un exemple v. Colmar, Chambre sociale, section A, 17 Février 2015 n° 13/03789.

14. Douai, Chambre sociale, 31 Janvier 2014, N° 12/04299

15. V. F. Guionard, I. Meftah, « Les discriminations syndicales au prisme des contentieux », à paraître, *Travail et emploi*, 2016.

16. Pour un exemple de discrimination fondée sur l'âge v. Lyon Chambre sociale A, 10 Novembre 2008, N° 07/05345. L'action est jugée recevable.

17. V. Sociale, 7 février 2012, 10-19.505 (action du MRAP) et Colmar, Chambre sociale, section A, 15 Mars 2012 10/05414 (action de SOS racisme), qui fournissent, sur les bases de données existantes les deux seuls exemples d'actions associatives en droit du travail.

18. V. M. Cohen, « Le droit de substitution, un cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.* 1990, 790 ; F. Petit, L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur, *Dr. soc.* 2004.262

19. V. I. Omarjee, L. Sinopoli, *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, 2014

20. V. A. Lacabarats, préc. p. 55

21. Conseil des prud'hommes de Paris, 21 septembre 2015, RG n° F 05/12309, obs. F. Guiomard, *Chronique de droit des discriminations* (mai 2015-septembre 2015), *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, dec. 2015, n° 38
22. Versailles 26 juin 2014 R.G 12/02311 et 9 autres décisions
23. Douai 3 février 2012 RG 11/00201 et 9 autres décisions
24. A. Lacabarats, préc. p. 57.
25. V en ce sens S. Amrani-Mekki, « L'action de groupe du XXI^e siècle. - Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP*, ed. G, 2015. 1196
26. Article 21 du projet de loi (règles générales sur l'action de groupe), article 43 (action devant le juge administratif) et 44 (action en application de la loi du 27 mai 2008), ce dernier texte ajoutant la possibilité également d'agir aux associations agréées au plan national dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause.
27. id. Art. 44.
28. V. Motifs du projet de loi, préc. p. 19 et étude d'impact, préc. p. 153 et p. 162
29. V. la détermination des actions éligibles aux actions de groupe dans l'article 20 : celles-ci exigent que « plusieurs personnes physiques, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles »
30. Sur la détermination du champ d'application (assez complexe) de ce texte, v. M. T. Lanquetin, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. Soc.* 2008. 778
31. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, C. Cons., Art. L. 423-1 et ss. L'article 46 du projet de loi est venu explicitement écarter l'application du cadre commun de l'action de groupe à ces dispositions.
32. Article 184 du projet de loi de modernisation de notre système de santé, adopté le 17 décembre 2015
33. CE, Avis consultatif n° 390291, 30 juillet 2015
34. Rapport Y. Détraigne, Préc. p. 18
35. Art. 43 du projet de loi : distinction des actions en cessation des manquements et des actions en réparation ; mise en demeure préalable et délai d'attente de quatre mois ; jugement sur la responsabilité puis distinction d'une procédure individuelle de réparation et d'une procédure de liquidation, avec dans les deux cas une place prépondérante donnée à l'accord individuel ou collectif.
36. Motifs du projet de loi, préc.
37. V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, p. 364
38. Ces limites s'appliquent aussi bien en matière judiciaire qu'en matière administrative, pour les litiges portant sur les relations de travail comme sur ceux qui y sont extérieurs.
39. L. Pécaut-Rivolier préc, p. 106, n° 7.2.6.3

RÉSUMÉS

La conjonction entre la persistance de situation discriminatoires nombreuses et la faiblesse du contentieux engagé en la matière a conduit les pouvoirs publics à imaginer qu'il serait utile de développer des actions de groupes afin de mieux lutter contre les discriminations. La promotion

d'une action de groupe pourrait être un levier de l'action en justice si elle permettait de conjuguer des actions menées par des acteurs collectifs spécialisés dans la lutte contre les discriminations avec l'octroi de réparations individuelles au profit des victimes. Pourtant, le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle, actuellement en cours de discussion devant le Parlement, qui a pour ambition d'introduire une telle action de groupe, s'avère excessivement peu accueillant à leur exercice, de par la complexité des règles qu'il institue et la place centrale qu'il confère à des modes négociés de résolutions des litiges, ce dont il peut être déduit qu'il ne serait que de peu d'utilité dans la lutte contre les discriminations.

The high level off discriminatory practices and the limited number of judicial claims in France led to the proposal of the creation of class actions in matters of discriminations. Such judicial actions would be useful if they permitted the provision of individual remedies through the action of actors specialized in the fight against discriminations. But the bill presently before the Parliament, which creates this new class actions, creates such complicated procedures and gives such an important place to alternative disputes resolutions means that it would be almost useless in the fight against discriminations.

INDEX

Mots-clés : lutte contre les discriminations, action de groupe, action collective, action en justice, droit social.

Keywords : fight against discrimination, class action, collective action, legal action, labor law.

AUTEUR

FRÉDÉRIC GUIOMARD

Frédéric Guiomard est Maître de Conférences HDR en droit privé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, membre de l'Institut de recherche sur l'entreprise et les relations professionnelles (IRERP)