

**AJDA 2017 p.1186****La décision du Défenseur des droits d'intervenir devant une juridiction est insusceptible de recours****Michel Romnicanu, Rapporteur public**

---

En octobre 2010, M<sup>me</sup> Natasha P., employée en qualité de courtier par la société Exane, société d'investissement filiale de BNP Paribas, a démissionné.

Ultérieurement, toutefois, s'estimant victime, en raison de son sexe, de sa grossesse et de sa situation de famille, d'une discrimination illégale de la part de son ancien employeur, M<sup>me</sup> P. a assigné celui-ci devant le conseil de prud'hommes de Paris, aux fins de voir sa démission reconnue comme ayant un motif légitime et, par suite, requalifiée en licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, et d'obtenir la condamnation de son ex-employeur à lui payer les indemnités correspondantes.

Par un jugement du 3 janvier 2012, les prud'hommes, considérant que les faits de discrimination allégués n'étaient pas établis, ont refusé de reconnaître le motif légitime de la démission litigieuse et, par voie de conséquence, ont débouté M<sup>me</sup> P. de l'ensemble de ses demandes indemnitaires.

M<sup>me</sup> P. a interjeté appel de ce jugement des prud'hommes.

C'est dans ce contexte que, le 2 décembre 2013, le Défenseur des droits (DDD), saisi d'une réclamation par M<sup>me</sup> P., a décidé de présenter des observations, à la fois écrites et orales, devant la cour d'appel de Paris, à l'appui de l'appel interjeté par cette dernière.

En effet, dans ses observations présentées devant la cour d'appel de Paris, le DDD, prenant le contrepied de l'analyse des premiers juges, concluait au caractère établi des faits de discrimination allégués par M<sup>me</sup> P., de nature à constituer un « motif légitime » de démission.

La société Exane a alors déféré au juge de l'excès de pouvoir cette décision du Défenseur des droits, faisant valoir, d'une part, sur le plan procédural, la méconnaissance des droits de la défense au cours de l'enquête diligentée par le DDD et, d'autre part, sur le fond, le caractère infondé des conclusions de celui-ci.

Par un jugement du 4 juin 2015, le tribunal administratif (TA) de Paris a rejeté sa demande comme irrecevable, au motif que la décision du 2 décembre 2013 ne fait pas grief, dès lors qu'elle n'est pas, par elle-même, susceptible d'affecter la situation juridique de la société demanderesse, ni de modifier l'ordonnancement juridique.

Le tribunal a relevé, en tout état de cause, qu'il n'incombe au juge administratif ni de contrôler l'opportunité de la décision du DDD de présenter des observations devant un tribunal judiciaire, ni d'examiner la légalité des appréciations portées par cette autorité sur un litige donné.

La société Exane relève appel de ce jugement d'irrecevabilité.

**L'objet et la portée de la décision attaquée**

A titre liminaire, il convient de circonscrire précisément l'objet et la portée de la décision attaquée.

La décision attaquée du 2 décembre 2013 est celle du DDD, prise en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, de présenter des observations devant une juridiction civile et d'inviter la formation de jugement à en prendre connaissance.

On rappellera que, selon ces dispositions, « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle. Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à

présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit ».

Ces dispositions reprennent, en substance, celles, aujourd'hui abrogées, de l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), dans sa rédaction issue de la loi du 31 mars 2006<sup>(1)</sup>.

Elles édictent trois principes :

- l'interdiction faite au DDD de remettre en cause une décision juridictionnelle ;
- la faculté pour les juridictions, dans le cadre de leurs pouvoirs d'instruction, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, de demander au DDD de présenter des observations ;
- et, enfin, la faculté pour le DDD, de sa propre initiative, de demander à la juridiction saisie l'autorisation de présenter des observations, écrites et/ou orales.

Compte tenu de la façon dont le texte est rédigé, on pourrait soutenir que la juridiction saisie conserve la faculté - dont on voit mal qu'elle use en pratique - de refuser au Défenseur des droits la possibilité de présenter des observations écrites, puisque seule son audition est de droit.

Mais on peut aussi interpréter le texte, au moins devant les juridictions administratives, comme confondant audition et production d'observations écrites. D'ailleurs, *de facto*, le DDD présente des observations dans certaines instances, sans y avoir été formellement invité.

De façon générale, la Cour de cassation, ainsi que le Conseil d'Etat, ont eu l'occasion de préciser la portée de ces dispositions : il est désormais acquis que le Défenseur des droits participe au procès en qualité, non de partie, ni même d'intervenant, encore moins d'intervenant dont l'admission serait de plein droit, mais de simple observateur.

Par un arrêt du 2 juin 2010 (Soc., n° 08-40.628, D. 2010. 1489<sup>(1)</sup> ; Dr. soc. 2010. 992, obs. J. Mouly<sup>(2)</sup> ; RDT 2010. 457, obs. E. Serverin et T. Grumbach<sup>(3)</sup>), la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'en donnant à la HALDE le droit de présenter des observations, la loi ne lui confère pas la qualité de partie.

De même, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (22 févr. 2012, n° 343410, *Chambre régionale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ M<sup>me</sup> Arnaud-Eraud*, Lebon<sup>(4)</sup> T. ; AJDA 2012. 410<sup>(5)</sup>), la participation au débat contentieux de la HALDE sur le fondement de l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, aux termes duquel son audition par les juridictions est, si elle le demande, de droit, ne lui confère pas la qualité d'intervenante dans un litige de plein contentieux.

Ainsi, sur le fondement de l'article 33 de la loi organique, le Défenseur des droits intervient devant le juge en qualité de simple observateur - observateur *sui generis* ou « figure atypique du procès » pour reprendre l'expression employée dans le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation (p. 363). Ne présentant pas de conclusions propres, ni en demande ni en défense, il ne lui appartient pas davantage de se prononcer sur le bien-fondé des prétentions des parties (par ex., en l'espèce, les indemnités pour licenciement abusif réclamées par M<sup>me</sup> P.).

A cet égard, l'on pourrait considérer que, sur le fondement de l'article 33 de la loi organique, le Défenseur des droits agit en qualité d'*amicus curiae*. Toutefois, si l'*amicus curiae* intervient en principe pour éclairer la juridiction à la façon d'un expert, de façon neutre, le DDD, au contraire, s'il décide de présenter des observations, le fait nécessairement au soutien du salarié qui s'estime victime d'une discrimination professionnelle.

En définitive, tel un membre d'un parquet spécialisé près une juridiction civile ou commerciale, le Défenseur des droits, lors même que ses observations sont dépourvues de toute incidence procédurale, prend clairement parti dans le procès opposant le salarié à son employeur.

## La décision distincte de publication des observations

Toujours concernant la portée de la décision attaquée, un autre point mérite d'être éclairci.

La société requérante indique que les observations du Défenseur des droits destinées à la cour d'appel de Paris ont, par ailleurs, été publiées (concrètement mises en ligne sur le site internet du DDD). Elle fait valoir que la publicité ainsi donnée aux observations d'une autorité administrative indépendante, l'accusant de pratique de

discrimination à l'encontre d'une de ses salariées, est nécessairement de nature à nuire à sa réputation et, plus largement, à préjudicier à ses intérêts moraux.

Il est vrai que, dans une logique de *name and shame*, la décision de publier une prise de position de l'administration peut, dans certaines circonstances, être regardée comme un acte faisant grief susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir.

A cet égard, nous vous renvoyons aux décisions *Eglise de scientologie de Paris* (CE 21 oct. 1988, n° 68638, Lebon [📄](#)) et *Fédération chrétienne des témoins de Jehovah de France* (CE 7 août 2008, n° 310220, Lebon [📄](#) ; AJDA 2008. 1570 [📄](#)), relatives, dans le premier cas, à la décision du Premier ministre de faire publier un rapport d'un parlementaire dans la collection des rapports officiels de la Documentation française et, dans le second, à la publication, sur le site internet d'une administration, d'une information appelant l'attention sur l'existence d'un ouvrage.

Voyez aussi la décision *Fédération du Crédit mutuel du Centre Est Europe* (CE 16 janv. 2006, n° 274721, Lebon [📄](#) T. ; AJDA 2006. 828 [📄](#), concl. M. Guyomar [📄](#)), s'agissant de la décision du ministre de publier une recommandation de la commission des clauses abusives : la décision de publier la recommandation est jugée susceptible de recours, mais le Conseil d'Etat refuse d'examiner les moyens dirigés contre le contenu même de l'acte (également : CE 12 oct. 2009, n° 322784, *Société Glaxosmithkline Biologicals, Société Laboratoire Glaxosmithkline*, Lebon [📄](#) T. ; RDSS 2010. 165, obs. C. Mascret [📄](#)).

En l'espèce, toutefois, la décision de publier les observations du Défenseur des droits (dont on pourrait admettre que, bien que non matérialisée, elle soit « révélée » par la mise en ligne effective sur le site internet de l'administration) constitue, en tout état de cause, une décision distincte de la décision attaquée, laquelle a pour seul objet la présentation d'observations relatives aux faits de discrimination dénoncés par M<sup>me</sup> P. devant la cour d'appel de Paris.

Car c'est pour le DDD deux moyens d'action bien distincts que, d'une part, adresser des observations à une juridiction, dans le cadre d'une instruction en cours et, à ce titre, protégée par le secret, lesquelles observations n'ont donc aucunement vocation à se retrouver, si l'on ose dire, « sur la place publique » et, d'autre part, rendre publiques lesdites observations.

Or, en l'espèce, la décision attaquée par la société Exane est uniquement celle du DDD, prise le 2 décembre 2013, sur le fondement de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, d'adresser des observations à la cour d'appel de Paris, dans le cadre d'une affaire en cours d'instruction devant celle-ci.

## La régularité du jugement

Ces précisions liminaires étant apportées, venons-en maintenant à l'examen de la régularité du jugement attaqué : est-ce régulièrement que le TA a rejeté comme irrecevable la demande d'annulation de la société Exane au motif qu'elle est dirigée contre une décision ne faisant pas grief ?

Classiquement, l'on sait que le juge de l'excès de pouvoir ne peut être saisi que d'un recours dirigé contre une décision administrative faisant grief à son destinataire. Dans son *Cours de contentieux administratif*, le président Odent précise qu'une décision fait grief lorsqu'elle « lèse le requérant dans ses droits ou ses intérêts » (p. 969).

La qualification de décision faisant grief se rapporte ainsi aux effets produits par la décision sur les situations de fait ou de droit. Le juge s'interroge en réalité, dans le souci fort pragmatique de ne pas favoriser exagérément l'accès au prétoire, sur l'opportunité d'admettre la contestation de certaines décisions. Il estime devoir empêcher l'exercice de recours contre des décisions qui n'ont qu'un faible impact sur l'ordonnement juridique. La décision faisant grief est la décision administrative qui affecte de manière suffisamment immédiate et grave des situations (juridiques ou non) ou l'ordonnement juridique pour être regardée par le juge administratif comme devant être susceptible de recours.

En l'espèce, dans quelle mesure la société Exane a-t-elle été affectée par la décision du Défenseur des droits d'inviter la cour d'appel de Paris à prendre connaissance d'observations écrites et orales favorables à la cause de son ancienne salariée ?

En d'autres termes, quel effet l'acte attaqué a-t-il produit sur la situation de la société requérante ?

A supposer que la juridiction saisie soit tenue de prendre en compte les observations écrites du DDD - ce qui ne va pas de soi, nous l'avons vu, eu égard au libellé même de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011 - en tout état de cause, ces observations ne lient nullement la juridiction saisie.

C'est précisément pour cette raison que, dans l'arrêt *Société Collectis* (2 juill. 2013, n° 12VE03262), la cour administrative d'appel (CAA) de Versailles a jugé qu'une telle décision ne fait pas grief, dès lors qu'en elles-mêmes les observations de la HALDE ne modifient pas l'ordonnancement juridique et ne s'imposent pas au juge saisi qui demeure seul habilité à constater la matérialité des faits et, le cas échéant, à les sanctionner.

La CAA de Versailles rejette donc comme irrecevable le recours en annulation dirigé contre la décision de la HALDE de présenter des observations devant la juridiction judiciaire.

Voyez, également, pour des actes de la HALDE dépourvus de caractère décisoire, dont l'objet est relativement comparable à celui de la décision attaquée, trois décisions d'irrecevabilité du Conseil d'Etat en date du 13 juillet 2007 :

- *SARL Riviera* (n° 295761, Lebon  T. ; AJDA 2007. 2145 , concl. L. Derepas  ; Just. & cass. 2008. 301, concl. L. Derepas) : lorsque, sans émettre une recommandation au sens des dispositions de l'article 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, la HALDE suggère à la victime d'une discrimination de demander à la juridiction saisie par elle de l'inviter, sur le fondement de l'article 13 de la même loi, à présenter des observations, elle ne prend pas une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ;

- *Société « Editions Tissot »* (n° 294195, Lebon  ; AJDA 2007. 2145 , concl. L. Derepas  ; Just. & cass. 2008. 301, concl. L. Derepas) : le simple rappel par la HALDE de la possibilité ouverte aux parties par l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 de demander aux juridictions civiles, pénales ou administratives, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, de l'inviter à présenter des observations ne saurait être regardé comme présentant le caractère d'une décision faisant grief ;

- *M<sup>me</sup> Abric c/ Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)* (n° 297742, Lebon  T. ; AJDA 2007. 2145 , concl. L. Derepas  ; Just. & cass. 2008. 301, concl. L. Derepas) : l'acte par lequel la HALDE refuse de donner suite à une réclamation n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir (égal., pour une autre décision d'irrecevabilité : CE 23 juill. 2010, n° 299384 , *Association Handitech*).

*A contrario*, pour une décision de recevabilité (v. CE, sect., 5 nov. 1993, n° 132305, *SA Le Courrier de l'Ouest*, Lebon  ) : la décision du directeur des services fiscaux informant une société que le bénéfice d'une déduction supplémentaire pour frais professionnels ne peut s'appliquer à une partie de son personnel est une décision lui faisant grief dès lors qu'elle détermine l'issue du différend opposant la société à l'URSSAF, au sujet de l'assiette des cotisations sociales.

Or, en l'espèce, contrairement à l'hypothèse ayant donné lieu à la décision *SA Le Courrier de l'Ouest*, la prise de position du Défenseur des droits quant à la réalité et la teneur de la discrimination subie par M<sup>me</sup> P. ne lie pas le juge du travail et ne détermine aucunement l'issue du litige.

Vous relèverez d'ailleurs qu'en l'espèce, la cour d'appel de Paris n'a pas suivi l'analyse du DDD, puisque, par un arrêt du 11 septembre 2014, elle a confirmé le jugement des prud'hommes écartant l'existence d'une discrimination et rejeté l'appel de M<sup>me</sup> P.

Par conséquent, la prise de position du DDD quant à ladite discrimination n'a aucunement affecté les intérêts de la société Exane.

En définitive, dans une conception classique de la recevabilité, l'on devrait considérer, à l'instar des premiers juges, que l'acte attaqué ne fait pas grief à la société requérante, en ce sens qu'il n'a produit aucun effet sur sa situation juridique.

## Un acte de droit souple ?

Toutefois, vous n'ignorez pas que, dans la période récente, la jurisprudence a sensiblement élargi la catégorie des décisions administratives faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, en acceptant de prendre en compte les effets non strictement juridiques qui s'attachent aux actes de droit souple des autorités de régulation, ce au nom de l'encadrement juridictionnel du pouvoir d'influence exercé par ces dernières.

Point d'orgue de cette importante évolution jurisprudentielle : les deux décisions d'assemblée du 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres* (n° 368082, Lebon [📄](#) ; AJDA 2016. 717 [📄](#), chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet [📄](#) ; AJCA 2016. 302, obs. S. Pelé [📄](#) ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt [📄](#) ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester [📄](#) ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier [📄](#) ; RTD com. 2016. 298, obs. N. Rontchevsky [📄](#) ; *ibid.* 711, obs. F. Lombard [📄](#)) et *Société NC Numericable* (n° 390023, Lebon [📄](#)), rendues à propos, la première, des communiqués émis par l'Autorité des marchés financiers afin de mettre les investisseurs en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés certains produits de placement et, la seconde, d'une prise de position adoptée par l'Autorité de la concurrence pour l'exécution d'une décision de concentration.

A cette occasion, le Conseil d'Etat a précisé que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance.

Mais - c'est la nouveauté - il a également été jugé que ces actes peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

Voyez également, à propos d'une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) prenant parti sur le caractère publicitaire d'un message télévisuel et des communiqués de presse par lesquels le CSA précise la portée de son intervention, une décision *M<sup>me</sup> Marcilhacy et autres* (CE 10 nov. 2016, n° 384691, Lebon [📄](#) ; AJDA 2017. 121 [📄](#), concl. L. Marion [📄](#)) : si cette délibération et ces communiqués de presse n'ont produit aucun effet de droit, ils ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les dissuadant de procéder à l'avenir au sein de séquences publicitaires à de nouvelles diffusions du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues. Dans ces conditions, ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Or, en l'espèce, de toute évidence, l'analyse que le Défenseur des droits livre à la juridiction, sur l'existence ou non d'une discrimination, n'est pas anodine : dans un sens ou dans un autre, elle est destinée, nécessairement, à influencer sur le sens de la décision juridictionnelle à venir.

En sa qualité d'*amicus curiae*, investi d'une légitimité particulière en matière d'appréciation des discriminations, le DDD exerce incontestablement un important magistère d'influence sur le juge auquel il s'adresse.

Dès lors, à la lumière de cette conception renouvelée de la décision faisant grief, nous pensons que l'acte par lequel le DDD décide de présenter des observations devant une juridiction doit être regardé comme faisant grief à la société requérante.

## Le pouvoir de décision reste entre les mains du juge

Pour autant, la personne qu'il s'agit de convaincre reste... un juge qui, en définitive, conserve le pouvoir de décision.

Ainsi, selon nous, l'exercice de ce magistère d'influence n'est pas assimilable à l'exercice d'un pouvoir de décision : le pouvoir de décision reste entre les mains du juge saisi du litige, en l'espèce, la cour d'appel de Paris.

En d'autres termes, la décision en litige, bien que dépourvue de toute incidence procédurale, ne nous paraît pas détachable de la procédure juridictionnelle.

Précisément parce que la personne qu'il s'agit de convaincre est un juge, il nous semble que les jurisprudences *Société Fairvesta International GmbH et autres*, *Société NC Numericable* et *M<sup>me</sup> Marcilhacy et autres* ne sont pas transposables en l'espèce : la décision prise par une autorité administrative (fût-elle indépendante) susceptible d'influencer un juge n'a pas vocation, elle-même, à être soumise au contrôle d'un autre juge.

A cet égard, nous sommes particulièrement sensibles à l'argument développé par le commissaire du gouvernement Luc Derepas dans ses conclusions sous les affaires *Société Editions Tissot/SARL Riviera/M<sup>me</sup> Ghislaine Abric*, précitées, tiré du risque de contrariété entre juridictions :

« Un dernier élément vous convaincra, nous l'espérons, de la validité de la solution que nous vous proposons. Il est

tiré de ce que la HALDE intervient le plus souvent dans des situations conflictuelles débouchant sur des contentieux, comme c'est le cas pour deux des affaires qui vous sont soumises aujourd'hui. La HALDE aide alors le plus souvent la victime à préparer son dossier et peut intervenir à l'audience avant que la juridiction se prononce sur les faits de discrimination allégués. Si vous vous estimiez compétents pour connaître des décisions de la Haute autorité, vous devriez nécessairement porter une appréciation sur le fond du litige, c'est-à-dire sur l'existence d'une discrimination, et ceci vous amènerait à statuer sur cette question en parallèle à la juridiction saisie au principal. Il pourrait en résulter des discordances d'appréciation préjudiciables à la clarté du droit et au bon fonctionnement de la justice. Il vous faut, pensons-nous, éviter à tout prix ce risque de contradiction entre juges, et laisser au juge saisi au fond des cas de discrimination le monopole de l'appréciation des situations litigieuses. Ceci est un argument supplémentaire dans le sens de l'irrecevabilité ».

Cette analyse nous paraît particulièrement pertinente pour écarter, en l'espèce, le motif essentiel qui a conduit le Conseil d'Etat à élargir les conditions de recevabilité du recours en excès de pouvoir s'agissant des actes de droit souple pris par les « autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies », à savoir celui du « vide juridictionnel » : pour reprendre la formule du rapport annuel 2013 du Conseil d'Etat consacré à l'étude du *Droit souple*, « le juge administratif ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations ; il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir à l'abri de tout contrôle juridictionnel ».

Or, en l'espèce, c'est, à notre avis, précisément la problématique inverse qui se pose, celle - si vous nous permettez l'expression - du « trop-plein » de juges : à cet égard, faut-il rappeler que le juge « normal » de la discrimination est le juge du contrat de travail (en l'espèce, le juge prud'homal puis la cour d'appel de Paris, mais ce serait le juge administratif si était en cause un agent public) ?

Et, de ce point de vue, il n'y a qu'un litige unique, celui opposant une salariée à son ancien employeur relatif à la qualification à donner à la rupture de son contrat de travail, démission ou licenciement - litige qui suppose d'apprécier l'existence ou non de discriminations dont aurait fait l'objet l'intéressée.

Si la problématique de la discrimination - utilement éclairée, le cas échéant, par les observations du Défenseur des droits - se greffe ainsi sur ce litige du travail, il n'y a pas, pour autant, de litige autonome et distinct, relatif en tant que tel à la qualification de discrimination effectuée par le DDD - litige qui ressortirait à la compétence du juge de l'excès de pouvoir.

A cet égard, il convient de souligner que l'orientation privilégiée au cours de la période récente, tant par le législateur que par la jurisprudence, en matière de contentieux de la discrimination professionnelle fut de renforcer la position du salarié au cours du procès, compte tenu des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine.

C'est ainsi que les règles de dévolution de charge de la preuve ont été fixées dans un sens favorable à la personne qui prétend être victime de discriminations (v. en matière de harcèlement moral, l'article 6 *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et CE, sect., 11 juill. 2011, n° 321225, *M<sup>me</sup> Montaut*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2011. 2072 , concl. M. Guyomar  ; AJFP 2012. 41 , note R. Fontier  ; AJCT 2011. 474, obs. L. Derridj  ; RDT 2011. 576, obs. P. Adam .

De même, l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011 s'inscrit-il dans cette perspective, en permettant au salarié victime d'une discrimination de bénéficier, le cas échéant, du soutien, de l'expertise et de l'autorité morale d'une autorité administrative indépendante telle que le DDD, au cours du procès l'opposant à son employeur.

Dans tous les cas, il s'agit de renforcer (en faveur du salarié) le caractère effectif du débat juridictionnel devant le juge de l'exécution du contrat de travail (qu'il soit judiciaire ou administratif), et non de créer une voie de droit parallèle devant le juge de l'excès de pouvoir portant sur l'appréciation du DDD quant à l'existence même de la discrimination alléguée.

A cet égard, la jurisprudence connaît de nombreux exemples de décisions administratives jugées non détachables d'une procédure juridictionnelle. Sans prétendre les citer de manière exhaustive, vous pourriez vous référer :

- à une décision du 18 novembre 1977, *Albrecht* (CE, n° 02330, Lebon  T.), s'agissant de l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître de conclusions tendant à la réparation d'un préjudice causé par un avis des services fiscaux, qualifié d'« acte non détachable d'une procédure judiciaire » ;

- à une décision du 14 avril 1995, *Association « Avenir d'Alet »* (CE, n° 147461, Lebon  T.) : la délibération par laquelle un conseil municipal autorise le maire à défendre dans une instance introduite devant le TA, qui est provoquée par la mise en cause de la commune dans une instance déjà engagée, est liée à cette procédure juridictionnelle et ne peut être utilement critiquée qu'au cours de cette procédure. Le recours pour excès de pouvoir formé contre cette délibération, par une personne étrangère à l'instance dont il s'agit, n'est donc pas recevable ;
- à une décision du 20 avril 2005, *Régie départementale des transports de l'Ain c/ Préfet de Paris* (CE, n° 255417, Lebon  ; AJDA 2005. 1509 , concl. Y. Aguila , note J.-M. Pontier  ; RTD com. 2005. 710, obs. G. Orsoni  ) : les décisions prises par les préfets en vertu de l'article 6 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative de présenter ou de ne pas présenter devant le juge judiciaire un déclinatoire de compétence ne sont pas détachables des procédures judiciaires auxquelles elles se rapportent (incompétence de la juridiction administrative pour en connaître) ;
- à une décision du 17 juin 2005, *Denoual* (CE, n° 274571, *Denoual c/ Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*, Lebon  T. ; AJDA 2006. 130 , étude B. Maligner  ) : la décision par laquelle, en application des dispositions de l'article L. 52-15 du code électoral, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques tout à la fois rejette un compte de campagne et saisit le juge de l'élection n'est pas détachable de la procédure juridictionnelle ainsi engagée devant ce dernier. Ainsi, elle n'est pas susceptible d'être attaquée directement devant le juge administratif ;
- enfin, à une décision du 12 octobre 1994, *Bertin* (CE, n° 123584, Lebon  T.) : un rapport établi par un préfet de police, à la demande du ministre de l'intérieur, en vue de la présentation par celui-ci d'un mémoire en défense devant le Conseil d'Etat, n'est pas détachable de cette pièce de procédure juridictionnelle.

Il est vrai que le critère de la non-détachabilité d'une procédure juridictionnelle devrait, en principe, vous conduire à vous déclarer incompétent pour statuer sur la légalité de la décision litigieuse et, par voie de conséquence, à prononcer l'annulation du jugement attaqué, puis, statuant par la voie de l'évocation, le rejet de la demande de première instance comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître (2).

Cela étant, d'une part, vous relèverez que certains des précédents jurisprudentiels que nous venons de citer rejettent comme irrecevables des recours tendant à l'annulation de décisions jugées non détachables d'une procédure juridictionnelle.

D'autre part, vous pourriez également vous référer, *mutatis mutandis*, à la jurisprudence relative à l'exception de recours parallèle (CE, sect., 6 janv. 1995, n° 114993, *Ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale c/ Société « Manufacture française des chaussures Eram »*, Lebon  ; AJDA 1995. 347 , obs. X. Prétot  ; D. 1995. 242 , obs. J. Barthélémy  ; RDSS 1995. 784, note J. Martinez ), laquelle exception aboutit à déclarer irrecevable le recours en excès de pouvoir.

Dans les deux cas, que vous envisagiez les choses sous l'angle de la compétence du juge de l'excès de pouvoir ou de la recevabilité du recours en excès de pouvoir, l'idée sous-jacente demeure, à notre avis, la même : la décision du DDD de présenter des observations (écrites ou orales) dans le cadre d'une procédure juridictionnelle est liée à cette procédure et ne peut être critiquée hors du cadre de celle-ci, par la voie du recours en excès de pouvoir.

## Pas d'atteinte au principe d'égalité des armes

Précisons, pour finir, que si cette solution exclut tout contrôle de la décision du Défenseur des droits par le juge de l'excès de pouvoir, cela ne saurait signifier que le juge auquel cette autorité adresse des observations ne puisse, quant à lui, exercer aucun contrôle de la régularité de la procédure suivie par le DDD, notamment à l'égard de la personne mise en cause.

En effet, l'on peut tout à fait concevoir que, à la demande de l'employeur mis en cause par le DDD, le juge du principal écarte des débats des observations du Défenseur présentées au terme d'une procédure d'enquête et d'instruction de la réclamation qui lui apparaîtrait non conforme aux exigences du principe du contradictoire.

En tout état de cause, dès lors que le juge régulièrement saisi ne saurait se fonder sur des éléments apportés par le Défenseur des droits sans les avoir préalablement communiqués à l'employeur de sorte que celui-ci soit mis à même de les discuter utilement, la procédure contradictoire a également vocation à être mise en oeuvre à ce stade : il sera loisible à l'employeur de discuter, au cours du procès, le bien-fondé des observations du DDD, lesquelles, comme tout élément de procédure, sont soumises au principe du contradictoire.

A cet égard, nous ne pensons pas que la production d'observations par le DDD serait contraire au principe d'« égalité des armes » découlant de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que, précisément, ledit principe s'impose au juge saisi s'il entend s'appuyer sur lesdites observations. Voyez également, sur ce point, la décision précitée du 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ M<sup>me</sup> Arnaud-Eraud* : « Considérant qu'en prenant en compte les observations de la haute autorité et en accueillant son audition, la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas méconnu les exigences du procès équitable découlant de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors même que la haute autorité avait précédemment adopté une délibération retenant, de la part de la chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur, des pratiques de discrimination sexiste et de harcèlement moral, dès lors que les parties se trouvaient en mesure de répliquer par écrit et oralement aux observations de la haute autorité et qu'il revenait aux juges d'apprécier la valeur probante de ces observations soumises au débat contradictoire ».

Au bénéfice de ces observations, nous serions ainsi d'avis de confirmer la solution d'irrecevabilité des premiers juges, ce qui nous amène à conclure au rejet de la requête d'appel de la société Exane.

**Mots clés :**

**DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GENERAUX** \* Défenseur des droits \* Observations présentées dans le cadre d'une procédure juridictionnelle \* Acte insusceptible de recours

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Recevabilité des recours \* Acte susceptible de recours \* Observations du Défenseur des droits

(1) « Les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la Haute autorité ou son représentant à présenter des observations. La Haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit ».

(2) Le juge d'appel annule comme entaché d'irrégularité le jugement qui a admis, à tort, la compétence de la juridiction administrative et, statuant par voie d'évocation, rejette la demande comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître (par ex. : CE, sect., 10 févr. 1984, n° 27031, *Ministre de l'agriculture c/ Société « Les fils de Henri Ramel* », Lebon )

**AJDA 2017 p.1186****La décision du Défenseur des droits d'intervenir devant une juridiction est insusceptible de recours****Arrêt rendu par Cour administrative d'appel de Paris****06-04-2017**

n° 15PA03145

**Sommaire :**

La cour administrative d'appel de Paris, statuant en formation de chambres réunies, juge que l'acte par lequel le Défenseur des droits décide, en application de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, de présenter des observations dans le cadre d'une procédure juridictionnelle opposant un salarié à son ancien employeur, n'est pas détachable de cette procédure et ne peut être critiqué hors du cadre de celle-ci.

**Texte intégral :**

Vu la procédure suivante :

*Procédure contentieuse antérieure :*

La société Exane SA a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler la décision n° MLD-2013-220 du 2 décembre 2013 par laquelle le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant la cour d'appel de Paris dans le cadre d'un litige l'opposant à une ancienne employée.

Par un jugement n° 1401627 du 4 juin 2015, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande.

*Procédure devant la cour :*

Par une requête enregistrée le 3 août 2015 et des mémoires enregistrés les 20 octobre, 28 octobre, 31 octobre 2016 et 20 mars 2017, la société Exane SA, représentée par M<sup>e</sup> Levy, demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Paris n° 1401627 du 4 juin 2015 ;

2°) d'annuler la décision du Défenseur des droits n° MLD-2013-220 du 2 décembre 2013 ;

3°) de mettre à la charge du Défenseur des droits le versement d'une somme de 10 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

S'agissant de la recevabilité de sa demande de première instance :

la décision litigieuse, qui est à la fois une prise de position sur la réclamation du demandeur, une décision d'user de la faculté d'intervenir au soutien de ses intérêts et une notification procédurale de cette décision, lui fait grief, compte tenu de sa portée symbolique et de l'usage qui en a été fait par son ancienne salariée ;

elle émane d'une autorité administrative et non d'un pouvoir constitutionnel ; il appartient donc au juge administratif de contrôler l'action de cette autorité, à peine de déni de justice ;

cette décision est l'aboutissement d'une procédure d'enquête pour laquelle le Défenseur des droits dispose de pouvoirs exorbitants et à l'issue de laquelle il choisit les pièces qu'il présente au juge saisi de la supposée discrimination ; il importe ainsi de contrôler tant la régularité de l'enquête que l'appréciation des faits portée à l'issue de celle-ci ;

une telle décision, en tant qu'elle a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elle s'adresse, relève de la catégorie des actes de droit souple et doit, dès lors, être regardée comme susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;

S'agissant de la légalité de la décision du 2 décembre 2013 :

cette décision méconnaît les dispositions de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, puisqu'elle remet en cause la décision du Conseil des prud'hommes de Paris ;

elle a été prise au terme d'une procédure irrégulière qui a méconnu le respect des droits de la défense, le Défenseur des droits ayant notamment refusé de lui communiquer les pièces produites par son ancienne salariée ;

les faits énoncés par la salariée ne créaient pas de présomption de discrimination et la procédure n'aurait donc pas dû être ouverte ;

le Défenseur des droits s'est fondé sur des faits non établis et a commis des erreurs de droit et d'appréciation dans leur qualification ;

l'absence de séparation fonctionnelle entre les activités d'investigation et de décision du Défenseur des droits caractérise une violation du principe d'impartialité, de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par des mémoires en défense enregistrés les 27 octobre 2015 et 28 octobre 2016, le Défenseur des droits conclut au rejet de la requête.

Il soutient que :

la demande est irrecevable, dès lors que les décisions par lesquelles il présente des observations devant une juridiction ne constituent pas des actes faisant grief, susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;

aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le titre XI *bis* de la Constitution ;
- la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 ;
- la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ;
- la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 ;
- le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

le rapport de M. Diémert,

les conclusions de M. Romnicanu, rapporteur public,

les observations de M<sup>e</sup> Levy, avocat de la société Exane SA, et de M<sup>me</sup> Jouhannaud, représentante du Défenseur des droits.

1. Considérant que, par une décision du 2 décembre 2013, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant la cour d'appel de Paris dans le cadre d'un litige opposant la société requérante à une ancienne

salariée ; que, par le jugement du 4 juin 2015 dont la société requérante relève appel, le tribunal administratif de Paris a rejeté comme irrecevable la demande de la société Exane SA tendant à l'annulation de cette décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : « Le Défenseur des droits est chargé : [...] 3° De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité [...] » ; qu'en vertu de l'article 5 de cette même loi organique : « Le Défenseur des droits peut être saisi : [...] 3° Par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France [...] » ; qu'aux termes de l'article 27 de la même loi organique : « Lorsque le Défenseur des droits estime [...] que la réclamation d'une personne s'estimant victime d'une discrimination [...] appelle une intervention de sa part, il l'assiste dans la composition de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas [...] » ; qu'enfin, aux termes de l'article 33 de cette loi organique : « Le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle. / Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit [...] » ;

3. Considérant, d'une part, que si, comme le fait valoir la société appelante, le Défenseur des droits est une autorité administrative dotée de pouvoirs d'enquête et de décision qui n'échappent pas par nature au contrôle du juge administratif, l'acte par lequel il décide, au terme des investigations et analyses auxquelles il s'est livré, de présenter des observations écrites ou orales dans le cadre d'une procédure juridictionnelle est lié à cette procédure et ne peut être critiqué hors du cadre de celle-ci ;

4. Considérant, d'autre part, qu'un tel acte ne peut, eu égard à ses effets limités au seul déroulement d'une instance juridictionnelle, être regardé, en tout état de cause, comme constituant une prise de position adoptée par une autorité de régulation dans l'exercice des missions dont elle est investie et ayant notamment pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elle s'adresse ;

5. Considérant qu'une telle décision, qu'il convient de distinguer de celle de procéder à sa publication, n'est, par suite, pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande comme irrecevable ; que sa requête ne peut dès lors qu'être rejetée, y compris ses conclusions tendant à ce que l'Etat, qui n'est pas la partie perdante à l'instance, prenne en charge ses frais de procédure en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Décide :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société Exane SA est rejetée.

Article 2 : Le présent arrêt sera notifié à la société Exane SA et au Défenseur des droits.

Copie en sera adressée au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice.

**Demandeur** : Exane (Sté)

**Défendeur** : Défenseur des droits

**Mots clés** :

**DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GENERAUX** \* Défenseur des droits \* Observations présentées dans le cadre d'une procédure juridictionnelle \* Acte insusceptible de recours

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Recevabilité des recours \* Acte susceptible de recours \* Observations du Défenseur des droits

