

LE DEFENSEUR DES DROITS : le nouveau médiateur miracle (?)

Anne TRESCASES

Maître de conférences, Université Nice Sophia-Antipolis,
GREDEG-CREDECO, UMR 7321

1.-Avant de présenter l'institution qu'est le Défenseur des droits et de faire un point sur cette création originale issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008¹, il convient tout d'abord de rendre hommage à son premier titulaire, Monsieur Dominique Baudis, aujourd'hui décédé et dont le travail a unanimement été salué. En effet, cette institution relativement récente a pu s'affirmer dans le paysage français en raison de la légitimité en matière de garantie des libertés et de l'expérience de l'administration de cet homme qui a su incarner cette autorité administrative indépendante unipersonnelle, tout en déjouant les pièges du pouvoir personnel.

2.-La création du Défenseur des droits s'inscrit dans le processus très en vogue de déjudiciarisation, phénomène qui ne peut paradoxalement être envisagé que dans des Etats de droit. Le Défenseur des droits, qui n'est pas une spécificité française², pose donc inévitablement la question de la place du juge dans le règlement des litiges et immédiatement, une précision s'impose : les juges, qu'ils soient administratifs ou judiciaires, sont incontestablement les premiers défenseurs des droits. Il n'a jamais été question de remettre en cause leur efficacité avec la création de cette nouvelle institution, mais seulement d'améliorer autrement l'efficacité d'un système déjà garant de la protection et de la

¹ La loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions portant révision de la Constitution de la V^{ème} République a notamment mis en place un Défenseur des droits à l'article 71-1 de la Constitution.

² À l'image du *Defensor del Pueblo* espagnol, du *Provedor de justiça* portugais ou des *Ombudsmän* scandinaves.

promotion des droits. À ce titre, le Défenseur des droits doit être envisagé classiquement comme un organe alternatif de règlement des conflits, puisqu'il vient renforcer les possibilités de recours non juridictionnels, mises à la disposition du citoyen pour assurer la défense de ses droits et libertés dans les litiges l'opposant principalement aux administrations et aux services publics.

3.-L'engagement des administrations et des services publics dans des démarches de règlement alternatif des conflits est le fruit d'une longue histoire. Pendant près de quarante ans, le Médiateur de la République, autorité administrative indépendante, est en effet intervenu gracieusement, à la demande des usagers pour ces derniers aider à régler leurs différends avec l'administration et les services publics³. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a élevé l'institution dans l'ordre juridique avec son insertion dans la Constitution. Le Défenseur des droits a notamment été investi des missions et des moyens d'action du Médiateur de la République. Il est ainsi chargé d'améliorer les relations entre le citoyen, l'administration et les organismes chargés d'un service public⁴, spécialement par la voie de la médiation. Le Défenseur des droits est devenu la première institution à s'inscrire dans le paysage juridique et dans le domaine de la médiation. L'inscription du Défenseur des droits dans le marbre constitutionnel témoigne sans nul doute de la volonté de pérenniser et de légitimer cette institution⁵ qui n'a rien de

³ En France, le Médiateur de la République a été créé en 1973. En Algérie, un Médiateur de la République a vu le jour par décret présidentiel du 23 mars 1996 pour être ensuite supprimé dès 1999.

⁴ Sont ainsi concernés les hôpitaux publics, les caisses d'allocations familiales, les caisses primaires de l'assurance maladie, le régime social des indépendants, Pôle emploi, les fournisseurs d'énergie, les gestionnaires de transports publics, les ministères, les consulats, les préfectures, les communes et les conseils généraux et régionaux.

⁵ La consécration constitutionnelle poursuit un but de pérennisation. Légitimé, le Défenseur des droits devient indépendant des conjonctures économiques et des changements législatifs.

miraculeuse, mais dont l'efficacité mérite cependant d'être soulignée. Les lois organique n° 2011-333 et ordinaire n° 2011-334 du 29 mars 2011, sont venues finaliser l'architecture de cet « *ombudsman à la française* »⁶, en précisant le statut, les missions et les pouvoirs de ce « *super médiateur* ».

4.-Le Défenseur des droits a la responsabilité de défendre, de protéger les droits et libertés des citoyens. Il regroupe à ce titre quatre autorités administratives indépendantes qui coexistaient depuis plus ou moins longtemps dans notre paysage : le Médiateur de la République⁷, le Défenseur des enfants⁸, la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS)⁹ et enfin la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE)¹⁰. De manière classique, le Défenseur des droits dispose d'une capacité d'action sur la protection des droits. À ce titre, il est tenu de traiter toutes les réclamations dont il a été saisi¹¹, y compris celles qui se révèlent injustifiées¹². De manière plus originale, conformément à l'article 34 de la loi organique, il se voit également confier un rôle dans le domaine de la promotion des droits et de l'égalité¹³, où il joue parfaitement son rôle de tiers de confiance. Dans ce cadre, il peut agir de manière préventive afin de mettre fin à des dysfonctionnements en s'attaquant, par exemple, à la cause qui peut tout aussi bien être un règlement, un arrêté ministériel, un décret ou une loi dont l'interprétation est sujet à débat. Il

⁶ Le concept d'*ombudsman* signifie littéralement en suédois porte-parole des griefs ou homme de doléances. V. la définition de l'Institut International de l'Ombudsman : <http://www.theoi.org/fr/l-iio/sur-l-iio>.

⁷ Le Médiateur de la République a été consacré en France par la loi n° 1973-6 du 3 janvier 1973.

⁸ Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000.

⁹ Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000.

¹⁰ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

¹¹ Chaque demande doit donner lieu à une lettre personnalisée.

¹² Le Médiateur de la République, pour sa part, n'était pas tenu de répondre aux réclamations injustifiées.

¹³ Cette faculté est prévue à l'article 34 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

possède également le pouvoir de dialoguer avec les acteurs de la société civile afin de faire évoluer les pratiques pour davantage d'égalité et moins de discriminations¹⁴. Il peut encore faire des propositions de réformes législatives ou réglementaires qu'il soumet ensuite aux autorités compétentes¹⁵.

5.-Le Défenseur des droits doit ainsi couvrir, assurer, assumer quatre missions lourdes et bien distinctes. L'opération de regroupement de ces quatre autorités avait notamment pour objectif de donner plus de simplicité pour l'accès aux droits et également davantage d'efficacité dans la défense de ces droits. Elle a cependant été vivement discutée¹⁶, notamment en ce qu'elle serait susceptible de porter atteinte à l'autonomie de certaines institutions et à leur efficacité. La création du Défenseur des droits s'est donc accompagnée de profondes interrogations. Présenté par certains comme un recul de la protection des droits, le Défenseur des droits a, au contraire, montré au cours des trois années qui viennent de s'écouler qu'il disposait d'une capacité d'intervention dans le règlement des litiges par la voie non contentieuse, aussi bien dans les réclamations qui trouvaient leur origine dans des dysfonctionnements, que dans celles provoquées par une faute. Ainsi, le règlement amiable est-il toujours privilégié dans le domaine des dysfonctionnements (I), mais il est également désormais recherché, lorsque cela est possible, dans les réclamations relevant du domaine de la faute (II).

¹⁴ Il peut ainsi par exemple traiter des mauvais comportements qui s'installent progressivement dans certains secteurs de la société comme dans le domaine de l'accès à l'emploi ou au logement.

¹⁵ L'article 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 lui permet de faire des propositions de modifications législatives ou réglementaires.

¹⁶ Sur les nombreux débats qui ont précédé sa constitution, v. O. Renaudie, La genèse complexe du Défenseur des droits, RFAP, n° 139, ENA, 2011, p. 397.

I. Le règlement amiable privilégie par le défenseur des droits dans les réclamations relevant du domaine des dysfonctionnements

6.–Le brouillage sémantique concernant l'appellation du Défenseur des droits¹⁷ a pu un temps contribuer à penser que sa mission de règlement amiable des litiges pourrait être réduite au profit d'autres compétences¹⁸. Si des craintes légitimes ont pu être formulées sur cette question (A), l'esprit de la compétence de l'ancien Médiateur de la République semble avoir été maintenu, voire même renforcé avec la création du Défenseur des droits qui s'est vu conférer des pouvoirs accrus dans l'optique de privilégier un règlement par la voie non contentieuse (B).

A. La dissipation des craintes formulées concernant un recul du règlement amiable

7.–En dépit des différentes réserves qui ont pu être formulées lors de sa création, le Défenseur des droits a été créé pour favoriser, dans les différents domaines qui lui ont été confiés, la mise en place de solutions rapides et pragmatiques, destinées à prévenir un règlement par la voie contentieuse. Le rapprochement d'entités précédemment distinctes (1), comme la possibilité pour le Défenseur des droits de disposer de pouvoirs quasi-juridictionnels, n'ont donc pas altéré sa mission première qui est d'éviter le recours contentieux (2).

¹⁷ Du « Défenseur du peuple », proposé par le groupe socialiste quelques jours après l'envoi de la lettre de mission présidentielle, en passant par le « Défenseur des droits fondamentaux » rebaptisé par le Comité Balladur au « Défenseur des citoyens » inscrit dans l'avant-projet de loi constitutionnelle, c'est finalement l'appellation plus neutre de « Défenseur des droits » qui a été retenue.

¹⁸ La mission de médiation du Défenseur des droits est d'ailleurs clairement consacrée à l'article 26 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

1. La levée des réticences liées au rapprochement des quatre entités

8.-Ceux qui voyaient dans le Défenseur des droits un recul de l'Etat de droit, notamment en raison de son rattachement au pouvoir exécutif et de la perte d'autonomie de certaines institutions de protections des droits, se sont farouchement élevés contre la création de cette autorité constitutionnelle indépendante¹⁹. La rationalisation des différentes institutions de défense et de protection des droits et libertés a pu légitimement faire craindre une perte d'efficacité de l'action de chacune de ces entités et a suscité, plus particulièrement, des interrogations concernant la nouvelle place de la médiation, qui recouvre à la fois un champ plus vaste et plus flou sur les domaines concernant les discriminations, la déontologie en matière de sécurité et les droits de l'enfant.

9.-Pourtant, l'organisation institutionnelle qui a été adoptée a, semble-t-il permis de sauvegarder les acquis des institutions précédentes. La dilution des compétences n'a pas soulevé de difficulté. Au contraire, elle semble même avoir favorisé l'accès au droit puisque ce rapprochement a pu supprimer les difficultés de concurrence entre deux, voire trois autorités. Dès l'arrivée du Défenseur des droits en 2011, l'intérêt du rapprochement des quatre entités qu'il incarne a pu être mesuré avec l'affaire d'un jeune enfant en fauteuil roulant, dont les parents rencontraient d'importantes difficultés pour l'inscrire dans un établissement d'enseignement. Dans le système antérieur, la famille aurait pu s'adresser au Défenseur des enfants, lequel aurait alors certainement examiné la situation à la lumière de la convention des droits de l'enfant ou encore à la HALDE puisque l'enfant souffrait d'un handicap et se trouvait par conséquent dans une

¹⁹ Cette qualification a été consacrée par le conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-626 du 29 mars 2011.

situation de discrimination. Le Médiateur de la République était lui aussi susceptible de voir sa compétence retenue puisque la difficulté portait sur un différend entre des administrés et l'administration de l'Education Nationale. Depuis le 22 juin 2011, date de la prise de fonction du premier Défenseur des droits en France, la question ne se pose plus. Seul le Défenseur des droits est compétent, à charge pour lui de déterminer ensuite quels seront les leviers à employer : dans notre exemple, ceux de la médiation, de la convention internationale des droits de l'enfant ou encore les textes luttant contre la discrimination. C'est donc au Défenseur des droits qu'il revient la lourde tâche de faire ce choix, pour obtenir le résultat le plus optimal pour le réclamant.

10.-La transversalité très vivement décriée permet donc, en pratique, d'éviter que la requête d'un requérant soit écartée au motif que l'autorité administrative indépendante saisie par une question transversale ne puisse pas la traiter seule et donc soit tenue de la rejeter purement et simplement ou de la traiter sous un angle trop étroit, donc peu efficace. Le guichet unique offert par le Défenseur des droits supprime cette difficulté puisque le choix du pôle se fait désormais en interne. C'est dans cette idée que le Défenseur des droits a encore mis en place un pôle santé chargé de développer une vision commune avec l'ensemble des services susceptibles d'être intéressés par son expertise : droits de l'enfant, déontologie de la sécurité, discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap.

2. L'éloignement des réticences liées aux attributions quasi-juridictionnelles du Défenseur des droits

11.-Le Défenseur des droits dispose d'un éventail de moyens très large pour procéder au traitement des réclamations qui lui sont soumises. Il est désormais doté d'attributions quasi-

juridictionnelles, tels que le pouvoir d'injonction et la publication d'un rapport spécial à titre de sanction, la possibilité d'enclencher des poursuites disciplinaires²⁰, de présenter des observations en justice et de transmettre le dossier au parquet. Parmi les nouvelles possibilités qui lui sont offertes, le Défenseur des droits a donc notamment la faculté d'intervenir dans des actions de caractère contentieux²¹. Après enquête, il peut ainsi formuler des observations dans toutes les procédures, devant les juridictions civiles, pénales ou administratives²², à la demande du parquet, de l'une des parties ou même spontanément, lorsque la situation semble l'exiger. La crainte affichée par certains observateurs, était que ce recours à l'action contentieuse soit désormais privilégié par rapport à la médiation et, plus largement, à la recherche de solutions amiables. Cette crainte doit être cependant relativisée étant donné le nombre d'observations relativement faible, présentées par le Défenseur des droits les deux premières années de son mandat²³.

12.-En pratique, le recours à l'action contentieuse est loin de s'être substitué aux modes alternatifs de règlement des conflits puisque l'essentiel des règlements trouvés pour les 90 000 réclamations en moyenne, est traité par le biais de procédures amiables et, plus particulièrement, de procédures de médiation. Les demandes de médiation sont par ailleurs restées stables, démontrant que le Défenseur des droits s'est parfaitement installé dans le paysage institutionnel français, sans porter atteinte à la mission de règlement amiable des litiges qui lui a été notamment confiée. De manière plus globale, il convient de ne

²⁰ Cette faculté est prévue à l'article 29 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

²¹ Cette possibilité est prévue à l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

²² Seule la HALDE pouvait jusqu'alors disposer de cette faculté. L'action des trois autres autorités, dont le Médiateur de la République, s'arrêtait donc à la porte des tribunaux.

²³ En 2011, 62 observations ont été formulées par le Défenseur des droits toutes juridictions confondues. En 2012, le chiffre a été porté à 90. Le rapport d'activité 2013 n'est quant à lui pas publié au jour de la rédaction de cette publication.

pas craindre le renforcement des liens qui peut être constaté entre le Défenseur des droits et le pouvoir juridictionnel. Cette coopération renforcée ne traduit pas un empiètement des compétences du Défenseur des droits sur celles du juge, mais simplement une amélioration du système.

13.–Ainsi, ni le recours à l'action contentieuse, ni le rapprochement des quatre autorités ne constituent un recul pour le règlement amiable des litiges qui a su conserver une place privilégiée dans notre Etat de droit, avec la consécration constitutionnelle du Défenseur des droits. Les prérogatives conférées au Défenseur des droits par les lois organiques et ordinaires de 2011 et notamment, les nouveaux pouvoirs qui lui sont donnés, tendent à favoriser le règlement alternatif des conflits.

B. Le règlement amiable des litiges favorisé par les pouvoirs détenus par le Défenseur des droits

14.–L'accès au droit est non seulement plus simple mais aussi plus large. La saisine du Défenseur des droits est en effet simplifiée avec la suppression de tous les intermédiaires²⁴. Précédemment, la saisine directe du Médiateur de la République était impossible, même si les derniers Médiateurs en fonction avaient pris quelques libertés avec le texte initial. Ainsi, toute personne qui voulait saisir le Médiateur de la République devait donc normalement passer par le filtre parlementaire. La saisine gratuite et directe du Défenseur des droits, prévue par l'article 5 de la loi organique est sur ce terrain une belle avancée puisque celui-ci peut être directement saisi par courrier, mail ou encore

²⁴ Cette saisine directe en matière de médiation existe également dans les autres domaines qui relèvent des attributions du Défenseur des droits. Ainsi, précédemment, lorsqu'une personne s'estimait victime d'un abus de la part d'un policier ou d'un gendarme, elle devait obligatoirement passer par un député ou par un sénateur pour saisir la Commission de déontologie et de la sécurité. Désormais, toute personne victime ou même témoin d'un manquement éventuel à la déontologie peut s'adresser directement au Défenseur des droits.

suite à une rencontre avec l'un de ses délégués²⁵, par toute personne physique ou morale s'estimant lésée par le fonctionnement d'une administration, d'un service public ou d'un organisme investi d'une mission de service public, sans oublier sa nouvelle faculté d'auto saisine. Il est intéressant de relever que le Défenseur des droits peut en effet se saisir en toutes circonstances d'un cas qui entre dans le champ de ses compétences conformément à l'article 5²⁶. Toutefois, si la personne concernée ou ses ayants droit est identifiée, elle doit être avertie et reste toujours libre de refuser l'intervention du Défenseur des droits, sauf lorsqu'est en cause l'intérêt supérieur d'un enfant.

15.-Il ne fait pas de doute que les garanties d'indépendance accrues militent aussi en faveur de la saisine de ce tiers indépendant et impartial qu'est le Défenseur des droits.²⁷. En

²⁵ Les 90 000 réclamations en moyenne qui sont adressées chaque année au Défenseur des droits supposent que le Défenseur des droits soit assisté. Il est ainsi entouré d'un collège consultatif et d'un adjoint pour chacune de ses missions, sauf en matière de médiation. La spécificité de la matière veut qu'il travaille seul assisté d'un délégué général à la médiation. Le Défenseur des droits est encore entouré d'adjoints pour exercer ses missions mais aussi de délégués territoriaux bénévoles qui assurent régulièrement des permanences dans les mairies, les centres départementaux d'accès au droit ou les locaux associatifs entre autres. Le maintien d'un réseau territorial de proximité confère une dimension humaine à la médiation. En pratique, le Défenseur des droits est assisté de l'ensemble des collaborateurs et des agents qui travaillaient dans les quatre entités qui ont été regroupées. La mutualisation des moyens n'a pas entraîné une réduction des effectifs. Le choix a été fait de reprendre tous les emplois des quatre anciennes institutions pour éviter les problèmes liés à la perte de mémoire ou d'expérience. Il ne faut pas se cacher que ce choix a également largement permis d'atténuer les critiques liées à la mise en place de ce Défenseur des droits...

²⁶ Au tout début de son mandat, le Défenseur des droits s'est par exemple saisi d'office de la situation rencontrée par un groupe de voyageurs sourds et malentendants, empêchés d'embarquer à bord d'un vol de la compagnie Air Méditerranée à cause de leur handicap.

²⁷ La procédure de désignation du Défenseur des droits a mis fin à la polémique liée à la procédure de nomination du Médiateur de la République par décret délibéré en Conseil des ministres. Le Défenseur des droits est quant à lui nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Selon cet article, le Président doit recueillir l'avis de la commission permanente de chaque assemblée. Mais cet avis n'est contraignant que s'il est négatif et s'il rassemble 3/5^{ème} des suffrages exprimés des deux Assemblées, ce qui laisse en pratique peu de marge au Parlement.

dehors de sa procédure de désignation, les immunités dont il bénéficie et les incompatibilités fixées par la loi organique auxquelles il est soumis renforcent son statut, mais aussi garantissent un travail sans entrave.

16.–Le Défenseur des droits est donc un moyen supplémentaire donné aux citoyens pour faire respecter leurs droits et leur liberté de manière alternative. Cette institution offre un accès au droit plus simple, mais aussi plus large en donnant au Défenseur des droits des moyens juridiques supérieurs à ceux dont disposaient les institutions précédentes. Il continue de conserver les nombreux attributs des autorités dont il est le résultat de la fusion, mais il dispose aussi de pouvoirs accrus en matière d'investigation (1) et de contrainte (2), renforçant ainsi l'efficacité des missions de règlement amiable des conflits qui lui sont confiées.

1. L'efficacité des règlements amiables renforcée par les pouvoirs accrus du Défenseur des droits en matière d'investigation

17.–C'est une unification vers le haut que l'on peut constater en regardant les pouvoirs d'investigation importants et étendus qui lui ont été conférés par la loi organique. Comme le Médiateur de la République, le Défenseur des droits détient des pouvoirs généraux d'information classiques qui lui sont conférés par l'article 20²⁸. Il peut ainsi demander des explications à toutes les personnes physiques ou morales mises en cause, mais aussi solliciter la communication de toutes pièces utiles, sans que le caractère secret ou confidentiel des dites pièces puisse lui être opposé, dans la limite cependant des questions relevant notamment de la défense nationale, de la sûreté de l'Etat ou encore de la politique extérieure²⁹.

²⁸ Il dispose d'un droit à la communication d'informations et de documents comme le Médiateur de la République en son temps.

²⁹ Seule la CNDS bénéficiait de telles prérogatives avant la fusion.

18.–Le Défenseur des droits dispose également de pouvoirs d'enquêtes. Conformément à l'article 18, il peut convoquer des personnes pour des auditions et celles-ci ne sont pas en mesure de s'y soustraire. Elles ont cependant la possibilité de se faire assister par le conseil de leur choix. L'article 21 prévoit encore que Défenseur des droits peut mettre en demeure une personne de lui donner des explications ou de faire quelque chose. Selon l'article 22, le Défenseur des droits peut enfin, avec ses agents, procéder à des vérifications inopinées sur place, dans les locaux administratifs ou privés ou dans les moyens de transport accessibles au public des personnes mises en cause, sous le contrôle du juge lorsque cela se révèle nécessaire.

2. L'efficacité des règlements amiables renforcée par les pouvoirs de contrainte du Défenseur des droits

19.–À l'instar de ce qui existait avec le Médiateur de la République, la saisine du Défenseur des droits n'interrompt ou ne suspend pas les délais de prescription des actions civile, administrative ou pénale, sauf en cas de transaction. La résolution amiable des litiges par le Défenseur des droits qui est encouragée par la loi organique n'est pas uniforme. En revanche, quelle que soit la forme choisie, elle suppose naturellement l'accord de l'ensemble des parties en présence.

20.–Le règlement de la plupart des différends s'opère de manière informelle, le plus souvent par l'intermédiaire des nombreux délégués qui assistent le Défenseur des droits, lesquels échangent des lettres sans formalisme particulier avec l'administration en cause, ce qui met fin le plus souvent à la difficulté de manière rapide et définitive.

21.–Lorsque la voie de la recommandation est empruntée, elle peut prendre différentes formes. Lorsqu'elle est possible, le Défenseur des droits formule une recommandation en vue d'un

règlement en droit. Elle suppose cependant une réponse juridique clairement identifiée, ce qui ne va pas toujours de soi. La compétence en équité, qui faisait la spécificité du Médiateur par rapport au juge, est également prévue à l'article 25 alinéa 2³⁰. Ainsi, le Défenseur des droits peut-il aussi, dans tous les domaines où il est désormais compétent, expérimenter la recommandation en vue d'un règlement en équité. Que la recommandation soit prononcée en droit ou en équité, le Défenseur des droits dispose désormais d'un droit de suite. Ce pouvoir d'action lui permet ainsi, en l'absence de réaction aux recommandations transmises aux personnes en cause, d'exercer un pouvoir d'injonction qui prend la forme d'un ordre exprès et solennel de se mettre en conformité, dans un délai qu'il fixe avec le contenu de la recommandation. S'il n'est pas donné suite à l'injonction³¹, le Défenseur des droits établit et rend un rapport spécial publié au journal officiel tel que le prévoit l'article 25 alinéa 5³².

22.–Toujours dans le cadre de la résolution amiable, le Défenseur des droits peut encore privilégier d'autres voies. L'article 26 l'autorise désormais à recommander une résolution amiable³³, l'article 28 lui permet encore de transiger en matière civile, administrative ou pénale en infligeant des amendes de 3 000 à 15 000 euros dans des cas précis de discrimination sanctionnés par le Code pénal et le Code du travail³⁴, ou en exigeant un affichage.

³⁰ La HALDE et la CNDS ne pouvaient pas prononcer de recommandations en équité.

³¹ En apparence, ce pouvoir d'injonction rapproche le Défenseur des droits d'un juge.

³² Le Médiateur de la République pouvait publier un rapport mais uniquement dans l'hypothèse d'une inexécution d'une décision de justice.

³³ Cette faculté était réservée à la HALDE avant la réforme.

³⁴ Dans le cadre d'une transaction dont il fixe les termes, le Défenseur des droits doit enfin la faire homologuer par le Procureur de la République.

23.-La loi ordinaire « encourage » également à sa manière le règlement amiable des litiges en renforçant les sanctions possibles en cas de refus de collaboration avec le Défenseur des droits. L'article 12 punit ainsi d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de ne pas répondre aux convocations du Défenseur des droits, ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission, ou de l'empêcher d'accéder à des locaux administratifs ou privés dans des conditions contraires à la loi organique. En présence d'un délit d'entrave, les peines complémentaires sont en outre toujours susceptibles d'être prononcées, telles que la privation des droits civiques, civils et de famille. Cet arsenal législatif ne peut qu'inciter les parties à trouver une solution amiable...

24.-Au terme de trois ans d'existence, il semble difficile de continuer de parler du Défenseur des droits comme d'un « ovni constitutionnel »³⁵. Une fois dépassées les craintes attachées à la mise en place de toute institution nouvelle, le Défenseur des droits a su imposer sa légitimité dans le domaine des réclamations relevant des dysfonctionnements, en continuant à favoriser l'utilisation du règlement amiable des litiges. Sa quête de solutions alternatives va même plus loin, puisqu'il cherche également à développer le règlement amiable dans les nouveaux domaines qui précédemment relevaient exclusivement des domaines contentieux.

II. Le règlement amiable recherché par le défenseur des droits dans les réclamations relevant du domaine de la faute

25.-Les réclamations relevant d'un manquement grave étaient classiquement traitées par les juridictions judiciaires ou administratives compétentes. Désormais, même en présence

³⁵ C. Teitgen-Colly, « Le défenseur des droits : un ovni dans le ciel constitutionnel », LPA 19 décembre 2008, n° 254, p. 125.

d'une faute constitutive d'un délit, le Défenseur des droits peut aussi chercher à privilégier un règlement amiable, jouant ainsi parfaitement le rôle de tiers de confiance. Tel est déjà le cas en matière de discrimination et rien ne semble exclure que l'on puisse rapidement l'étendre à d'autres domaines qui relèvent de son champ de compétence étendu (A). Et lorsqu'il revient à l'autorité administrative ou judiciaire de trancher le conflit au final, le Défenseur des droits possède encore quelques prérogatives (B).

A. Le développement du règlement amiable dans le domaine de la lutte contre les discriminations

26.-Alors que le spectre d'un recul du règlement amiable s'éloigne, un élargissement de son champ d'application peut même être constaté. Précédemment, le règlement amiable ne se concevait que dans le seul domaine des relations entre les citoyens et les administrations ou les services publics. Désormais, il est susceptible d'intervenir dans d'autres domaines comme celui de la lutte contre les discriminations (1) et rien n'exclut qu'il puisse, dans l'avenir, s'étendre à tous les autres domaines que le Défenseur des droits a désormais la lourde charge de protéger (2).

1. Le règlement amiable encouragé par le Défenseur des droits en matière de discrimination

27.-La loi organique du 29 mars 2011 autorise le Défenseur des droits à transiger en matière de discrimination. En cas de discrimination n'ayant pas donné lieu à la mise en action de l'action publique, le texte prévoit en effet qu'il peut conclure une transaction prévoyant le versement d'une amende de 3 000 euros maximum pour une personne physique et de 15 000 euros pour une personne morale ou encore l'indemnisation de la victime.

Cette amende peut être assortie de l’affichage d’un communiqué ou encore de l’obligation de publier la décision au sein de l’entreprise ou de l’administration.

28.–Le Défenseur des droits s’est emparé très rapidement des nouveaux outils offerts par le constituant de 2008 et le législateur de 2011, notamment dans le domaine de la lutte contre les discriminations comme en témoignent les deux affaires suivantes.

La première, la plus ancienne, concernait un couple de personnes âgées, victime d’une discrimination au logement liée à l’âge. Parallèlement à la saisine du tribunal compétent, puisque la discrimination est un délit sanctionné par la loi, le couple a décidé de saisir le Défenseur des droits pour l’informer du refus rencontré pour louer un logement d’habitation en raison de leur âge. L’affaire a finalement été réglée par un accord et une transaction financière à laquelle le Défenseur des droits a participé. Cette solution s’est révélée intéressante pour l’ensemble des parties en présence. En effet, en percevant la somme de 25 000 euros dans l’exemple relaté, le couple a considéré qu’il était rétabli dans ses droits et il n’a donc pas poursuivi l’action engagée devant les tribunaux. Le bailleur a, pour sa part, évité un long procès coûteux et surtout public, au terme duquel il aurait de toute façon été condamné pour discrimination au logement liée à l’âge.

Dans une autre affaire, plus récente puisqu’elle date de mars 2014, le Défenseur des droits n’a même pas eu à intervenir directement dans le différend qui opposait un élève avec son établissement d’enseignement. Dans ce litige, le Défenseur des droits a en effet été saisi, mais il n’a pas participé directement à la médiation. La difficulté concernait un élève, scolarisé dans une classe de seconde, lequel s’était vu refuser la possibilité de

participer à un voyage scolaire en Pologne en raison de son handicap (il est sourd). La maman du jeune homme avait souhaité porter plainte pour discrimination en raison du handicap. Elle avait parallèlement contacté le délégué du Défenseur des droits qui était par ailleurs déjà informé par une journaliste de la situation. La rencontre organisée hors de la présence du délégué entre l'Institut pour Sourds du département et le lycée a finalement permis de dégager une solution amiable et d'offrir à ce jeune lycéen la possibilité de participer à ce voyage scolaire.

Ces deux illustrations témoignent de l'élargissement du champ de compétence du Défenseur des droits, lequel sort du seul domaine des relations entre le citoyen et les services publics. Si la compétence du Défenseur des droits n'a pas été étendue aux rapports entre les administrations et leurs agents, ni aux différends susceptibles de s'élever entre les différentes personnes publiques et organismes, rien ne semble en revanche s'opposer à ce que sa mission de règlement amiable des litiges puisse s'étendre à d'autres domaines relevant désormais de sa compétence.

2. Le développement probable du règlement amiable dans les autres domaines relevant du champ de compétence du Défenseur des droits

29.–La pratique confirmera si le champ d'action du Défenseur des droits, déjà beaucoup plus large que celui du Médiateur de la République, auquel il s'est substitué, s'étendra au-delà du domaine des discriminations.

A priori, la lettre de l'article 26 au terme de laquelle le Défenseur des droits est compétent pour les réclamations concernant le fonctionnement de l'Etat, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout

organisme investi d'une mission de service public, dans leur relation avec les administrés, ne semble pas s'y opposer en parlant de relations avec les administrations et non pas de fonctionnement des services publics.

Dans l'avenir, le Défenseur des droits pourra donc probablement être saisi en cas de violation des droits et libertés résultant d'un usage disproportionné des moyens employés par la police administrative. Dans le cadre d'une unification des pouvoirs du Défenseur des droits, la médiation a d'ailleurs déjà été étendue à la mission « Déontologie et Sécurité ».

B. L'engagement du Défenseur des droits en l'absence de règlement amiable

30.–Même lorsque la voie contentieuse est privilégiée, le Défenseur des droits conserve un rôle à jouer. Il peut en effet favoriser l'accès au droit de l'auteur de la réclamation relevant de la faute ou du manquement grave (1), intervenir devant l'autorité disciplinaire (2) ou encore formuler des observations devant le juge (3).

1. L'assistance juridictionnelle

31.–Lorsque la voie contentieuse est envisagée, le Défenseur des droits peut participer au règlement du litige mais, de manière plus indirecte cette fois. Il est ainsi à même de favoriser l'accès au droit du réclamant en exerçant, par exemple, une mission d'assistance pré-juridictionnelle. Dans cette optique, le Défenseur des droits peut ainsi aider le plaignant à constituer son dossier contentieux, voire même le conseiller sur la procédure contentieuse qui lui semble la plus adaptée à son problème.

2. L'intervention devant l'autorité disciplinaire

32.-Le Défenseur des droits conserve encore la particularité de saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires, comme c'était le cas du Médiateur de la République qu'il est venu remplacer. Dans le champ très large de compétence qui lui est confié, le Défenseur des droits peut donc saisir l'autorité disciplinaire pour lui demander de diligenter des poursuites contre un fonctionnaire qui aurait commis un manquement caractérisé. Il peut également recommander à l'administration de prendre des sanctions contre une personne physique ou morale, publique ou privée soumise à autorisation ou agrément administratifs et qui serait à l'origine d'une discrimination. À défaut de réaction de l'administration saisie, le Défenseur des droits rédige un rapport spécial qui sera rendu public.

3. Les observations devant les juridictions

33.-Dans tous ses domaines de compétences, il convient enfin de rappeler que parmi les liens qu'il entretient avec le pouvoir juridictionnel, le Défenseur des droits peut faire valoir ses observations devant les juridictions civiles, administratives ou pénales même si, en pratique, il use cependant peu de cette faculté.

34.-Au final, la création du Défenseur des droits ne constitue pas une solution miraculeuse, mais elle reste un bon outil de renforcement des possibilités de recours non juridictionnels. En raison de la forte personnalisation de la fonction, le devenir de l'institution dépendra aussi de la nouvelle figure qui incarnera le Défenseur des droits et qui sera prochainement nommé par le Président de la République pour succéder à Monsieur Dominique Baudis. Il convient donc d'espérer que le choix se portera sur un homme (ou une femme) indépendant et consensuel dont la

préoccupation sera de réduire la vulnérabilité de l'usager et de créer du lien social, en s'appropriant pleinement l'organisation fixée par le constituant et le législateur, pour continuer à privilégier les possibilités de recours non juridictionnels.