

Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ?

Serge Slama

DANS **REVUE FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE** 2011/3 n° 139 , PAGES 461 À 476
ÉDITIONS **INSTITUT NATIONAL DU SERVICE PUBLIC**

ISSN 0152-7401

ISBN 9782909460222

DOI 10.3917/rfap.139.0461

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2011-3-page-461?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Institut national du service public.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LES POUVOIRS DU DÉFENSEUR DES DROITS : UNE COTE MAL TAILLÉE ?

Serge SLAMA

*Maître de conférences en droit public à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne,
Centre Léon Duguit **

Résumé

L'analyse des pouvoirs attribués au Défenseur des droits fait apparaître qu'on n'a pas cherché à partir d'une copie blanche à lui conférer des pouvoirs adaptés à sa configuration d'autorité unipersonnelle. On a bien davantage cherché à renforcer les pouvoirs liés à la mission « Médiation avec les services publics », tout en conservant quelques prérogatives spécifiques à chacune des autres missions des autorités absorbées. On constate donc un cumul de prérogatives hétéroclite plus ou moins adaptées à la diversité et à l'hétérogénéité de ses missions.

Mots-clefs

| Pouvoirs, unification, hétérogénéité, moyens d'investigation, moyens coercitifs

Abstract

— *The Powers of the new French Protection of Rights Body (le Défenseur des droits)* — When one analyses the powers of the new French Protection of Rights Body, one realises that they were not specially conceived to fit its structure as a single authority. The powers linked to its role as a "Mediator with the Public Services" have been deliberately strengthened while retaining some of the specific competences of each of its merged entities. This has resulted in a patchwork of prerogatives which more or less correspond to the diverse and heterogeneous character of its own tasks.

Keywords

| Powers, merger, heterogeneous character, means of investigation, coercive powers

* Également membre du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense.

« Non, monsieur Mamère, les prérogatives du Défenseur des droits ne forment pas un “magma” ». C’est avec ces mots que Dominique Baudis, lors de son audition à l’Assemblée nationale¹, a écarté l’idée que l’autorité qu’il est amené à présider constitue une « hydre administrative » incapable de se montrer aussi indépendante, efficace et protectrice des droits et libertés que les autorités auxquelles elle se substitue. Durant le débat parlementaire, cette critique a été récurrente à l’égard de la nouvelle institution². Si nul ne contestait l’intérêt de constitutionnaliser le Médiateur de la République ; beaucoup ont dénoncé l’opération politique consistant à saisir cette opportunité pour faire du Défenseur des droits un « cannibale des gèneres »³.

Qu’en est-il s’agissant des pouvoirs ? Retrouve-t-on cette impression de cote mal taillée qui ressort du processus de création⁴ ou de l’agglomérat des compétences⁵ et des différents modes de saisine⁶ ?

La philosophie générale qui se dégage des travaux préparatoires est qu’on a voulu attribuer au Défenseur « tous les moyens d’action dont bénéficient actuellement les autorités auxquelles il est appelé à se substituer... » avec comme objectif premier de renforcer les pouvoirs du Médiateur⁷. Cette évolution bénéficie aussi à la mission « Défense des enfants », qui conserve par ailleurs quelques prérogatives spécifiques. En revanche, le législateur ne procède à aucune évolution notable des attributions liées à la « Lutte contre les discriminations » et à la « Déontologie de la sécurité ». À l’« entassement de matières hétéroclites » s’ajoute donc « un cumul de prérogatives » tout aussi hétéroclite⁸ et plus ou moins adaptées à la diversité et à l’hétérogénéité de ses missions.

Le législateur n’a pas cherché, à partir d’une copie blanche, à conférer au Défenseur des droits des pouvoirs adaptés à sa configuration mais il a accolé l’ensemble de ceux détenus par les différentes autorités supprimées. C’est d’autant plus critiquable que l’étude d’impact justifiait la non-absorption de la Commission d’accès aux documents administratifs et de la Commission nationalité informatique et libertés – mais aussi initialement de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité (HALDE) – non seulement par la « technicité particulière » de leurs domaines d’intervention mais aussi par la spécificité et l’importance de leurs pouvoirs et surtout par la difficulté de conjuguer des missions de médiation avec des missions de régulation, de contrôle et de sanction, « qui sont d’une nature différente » et concernent « au moins autant la sphère privée que les services publics (lutte contre les discriminations, protection des données à caractère personnel notamment) »⁹.

La méthode utilisée conduit à s’interroger sur le manque d’homogénéité des pouvoirs du Défenseur, l’inadéquation de certains de ces pouvoirs à la logique de médiation et l’inadaptation de la configuration juridique (autorité unipersonnelle) pour utiliser des pouvoirs coercitifs qui jusqu’ici étaient la résultante d’une décision collégiale ; et ce

1. Audition de Dominique Baudis devant la Commission des lois de l’Assemblée nationale, 15 juin 2011, Compte rendu n° 62.

2. V. l’éditorial « Défenseur des droits : une belle idée gâchée », *Le Monde*, 19 janvier 2011.

3. « Défenseur des droits dans l’hémicycle », *Blog de J.-J. Urvoas*, 11 janvier 2011 (<http://www.urvoas.org/2011/01/11/>).

4. V. dans ce numéro de la *RFAP* la contribution d’Olivier Renaudie et d’Hugues Portelli.

5. V. dans ce numéro de la *RFAP* la contribution de Jacques Chevallier.

6. V. dans ce numéro de la *RFAP* la contribution de Lucie Cluzel.

7. Projet de loi organique relatif au défenseur des droits, projet de loi relatif au défenseur des droits, septembre 2009, p. 32, étude disponible sur le site du Sénat.

8. Detraz (Stéphane), « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau « tout-en-un » », *Droit pénal*, juin 2011, étude 8.

9. Projet de loi organique relatif au défenseur des droits, *op. cit.*

d'autant plus que la plupart des attributions du Défenseur ne peuvent être délégués ni à ses agents et délégués¹⁰ ni même à ses adjoints¹¹.

Dans la mesure où il est difficile d'évoquer *in abstracto* les pouvoirs d'une autorité sans connaître l'usage qu'il en sera fait, l'enjeu est ici davantage de savoir si les pouvoirs qui ont été dévolus sont suffisamment adaptés à la réalisation des missions confiées à la nouvelle institution. Le premier Défenseur des droits, Dominique Baudis, se déclare quant à lui satisfait des pouvoirs attribués à l'autorité qu'il préside estimant qu'il peut adapter de manière graduée l'« arsenal juridique très important » du Défenseur¹². Il souhaite ainsi « utiliser pleinement et avec discernement les capacités juridiques » qui lui ont été confiées car, à son sens, elles sont « supérieures à la simple addition des pouvoirs dont disposaient les institutions précédentes »¹³.

Quoi qu'il en soit, il résulte de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 et des travaux préparatoires que pour mener l'investigation des réclamations, les moyens d'investigation ont été entièrement fusionnés. En revanche, les dispositions relatives aux « pouvoirs » proprement dit varient puisque si la plupart sont communs à l'ensemble des missions, quelques-uns restent spécifiques.

LES MOYENS D'INVESTIGATION : UNE UNIFICATION TOTALE

S'agissant des moyens d'investigation du Défenseur (appelés « moyens d'information » dans la loi organique – chapitre II), on assiste à une unification totale avec un alignement par le haut sur les pouvoirs détenus par les autorités les plus récentes. Jusque-là, les quatre autorités absorbées avaient toutes la possibilité pour instruire les réclamations de demander des explications aux personnes mises en cause ou les faits portés à leur connaissance. Mais les moyens de faire respecter ces demandes variaient selon l'autorité. Les pouvoirs de contrainte du Médiateur (loi n° 73-6 du 3 janvier 1973) étaient moins importants que ceux des autres autorités plus récentes en particulier ceux de la HALDE (loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004). Ces différences s'expliquaient aussi et surtout par le fait que le Médiateur et le Défenseur des enfants avaient essentiellement des missions de médiation ou de prévention, alors que la CNDS et la HALDE disposaient de moyens d'investigation importants en terme de constitution de la preuve. Pour la lutte contre les discriminations, cette exigence résulte même de l'article 13 de la directive 2004/43/CE du 29 juin 2000.

Dans le cadre de la loi organique, on peut distinguer deux types de moyens d'investigation à la disposition du Défenseur. D'une part, ceux qui sont purement informatifs et, d'autre part, ceux qui sont plus contraignants ou intrusifs pour lever les blocages aux investigations.

10. Seules les demandes d'explications, d'information et vérifications sur place (sur habilitation spéciale) peuvent être déléguées aux délégués et agents (article 37 loi organique). Seuls les agents publics de catégorie A ou assimilés peuvent recevoir délégation de signature (décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 *relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits*, article 17).

11. Ne peuvent être délégués aux adjoints : demande d'avis et consultation du Conseil d'État ou de la Cour des comptes, engagement de poursuites disciplinaires, pouvoirs consultatifs, publicité des recommandations, pouvoirs de recommandations, demande d'inspection aux ministres, pouvoir d'injonction (article 11 de la loi organique et article 2 du décret n° 2011-905).

12. « Cinq minutes avec Pascale Clark », *France inter*, 27 juin 2011 (http://www.dailymotion.com/video/xjyy79_dominique-baudis_news).

13. Audition de D. Baudis, *op. cit.*

Les moyens d'investigation informatifs

On peut ranger dans cette catégorie, d'une part, la demande d'explication et la communication d'informations et pièces et, d'autre part, de manière plus originale, la saisine du Conseil d'État ou de la Cour des comptes pour procéder à une étude.

Demandes d'explications (article 18 LO) et de communication d'informations et pièces (article 20 LO)

Les demandes d'explications peuvent être demandées à toutes personnes physiques ou morales « mises en cause » devant la nouvelle autorité. Elles sont tenues de faciliter l'accomplissement de sa mission et peuvent être auditionnées. S'il s'agit d'agents publics ou de préposés, le supérieur hiérarchique est tenu de les autoriser à répondre.

Si ces prérogatives ne varient pas par rapport aux autorités absorbées, en revanche le vocabulaire change. Jusqu'ici pour le Médiateur comme pour la CNDS (loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, article 5), il était évoqué la possibilité de demander la communication de documents au ministre « responsable » ou à l'autorité « compétente »¹⁴. Désormais, l'administration est, elle-aussi, mise au banc des « mis en cause » dans le cadre de la mission « Médiation avec les services publics » ou « Déontologie de la sécurité » comme c'était déjà le cas pour le Défenseur des enfants (loi n° 2000-196 du 6 mars 2000, article 3) et la HALDE (loi 2004, article 6).

La procédure suit aussi la même tendance à la juridictionnalisation. La commission des lois a apporté certaines garanties procédurales en prévoyant la mention dans les convocations de l'objet de l'audition, le droit à l'assistance du conseil de son choix et la rédaction d'un procès-verbal contradictoire de l'audition ainsi que l'obligation pour les ministres de donner instruction aux corps de contrôle d'accomplir, dans le cadre de leur compétence, toutes vérifications ou enquêtes et d'informer des suites données. Selon les travaux préparatoires, ces exigences procédurales visent non seulement à maintenir des garanties qui existaient déjà pour les auditions devant la CNDS (loi 2000, article 5) et la HALDE (loi 2004, article 6) dans des matières « où le Défenseur pourrait avoir à connaître de faits pénalement sanctionnés »¹⁵, mais aussi *in fine* à respecter le droit à un procès équitable quand bien même l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas nécessairement applicable. On sait néanmoins que par l'arrêt *Didier*¹⁶, le Conseil d'État exige, devant certaines autorités, « un degré de protection procédurale supérieur à celui imposé par la Cour européenne des droits de l'homme » en imposant « une application plus précoce des garanties de l'article 6 § 1 [...] » à la phase administrative de décision de l'autorité administrative indépendante¹⁷.

Comme les quatre autorités absorbées, pour mener ses investigations, le Défenseur peut non seulement obtenir la communication par les personnes et organismes, sur demande motivée, de toutes informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission, mais aussi recueillir toute information nécessaire sur les faits portés à sa connaissance. Ne peut lui être opposé ni leur caractère secret ou confidentiel, ni le secret de l'enquête. Par cette dernière précision, le législateur organique a entendu maintenir une prérogative

14. Loi 1973, article 13.

15. Rapport Gérard (Patrice) n° 482 fait au nom de la commission des lois, 19 mai 2010, p. 42.

16. CE, Ass., 3 déc. 1999, n° 207434 : *Lebon*, p. 399 ; *GAJA*, 17^e éd., n° 104.

17. Autin (Jean-Louis) et Breen (Emmanuel), « Autorités administratives indépendantes », *Juriclassiseur administratif*, fasc. 75, 20 juillet 2010, n° 115.

détenue jusqu'ici par la CNDS (loi 2000, article 5)¹⁸. Son extension à l'ensemble des missions du Défenseur devrait substantiellement renforcer sa marge de manœuvre lorsqu'une information judiciaire ou enquête préliminaire est ouverte parallèlement à la saisine. Toutefois, dans ce cas, le Défenseur doit recueillir l'accord préalable écrit¹⁹ des juridictions saisies ou du procureur.

Restent toutefois opposables au Défenseur, à la différence de son homologue espagnol²⁰, le secret de la défense nationale, de la sûreté de l'État ou de la politique extérieure ainsi que le secret médical et le secret professionnel avocat/client, sauf si ces derniers sont levés à la demande expresse de la personne concernée. Pour le secret médical, afin de maintenir une prérogative liée à la défense des enfants, il est prévu que le Défenseur des droits peut obtenir la communication des informations sans le consentement de l'intéressé « lorsqu'elles sont relatives à des privations, sévices et violences physiques, sexuelles ou psychiques commis sur un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique » (article 20 LO).

Saisine du Conseil d'État et de la Cour des comptes pour procéder à une étude (article 19 LO)

Comme cela existait déjà pour le Médiateur, le Défenseur des droits peut demander au vice-président du Conseil d'État ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toutes études dans le champ de ses quatre missions. La possibilité introduite par l'Assemblée, à l'initiative de Jean-Jacques Urvoas, d'en faire également la demande au premier président de la Cour de cassation a été supprimée par le Sénat au motif que la Cour de cassation n'exerce pas de fonction consultative.

On peut toutefois s'interroger sur l'utilité de cette attribution. Certes, dans les premières années de la médiation et alors que ses services étaient peu développés, cette prérogative a été régulièrement utilisée dans des domaines très variés. Cela fonctionnait alors un peu à la manière d'une demande d'avis posée à un ou plusieurs membres du Conseil d'État mais qui agissaient alors pour le compte du Médiateur²¹.

De nos jours, on ne conçoit pas pourquoi les services du rapport et des études du Conseil d'État ou de la Cour des comptes auraient, dans les domaines de compétence du Défenseur, une expertise plus importante que celle des services du Défenseur – qui sont même plus importants en termes de moyens et d'effectifs. Mais la volonté du législateur organique était clairement « que le Défenseur dispose, en ce domaine comme dans les autres d'ailleurs, de moyens d'investigation au moins équivalents à ceux des autorités existantes »²². Cette prérogative a donc été maintenue même s'il est probable qu'elle ne sera pas ou peu utilisée.

18. Cela répond à une critique de la CNCDH (*avis de l'assemblée plénière du 4 février 2010*, p. 5). V. dans ce numéro de la *RFAP* la contribution de Catherine Teitgen-Colly.

19. Article 23 loi organique et article 13 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la *procédure applicable devant le Défenseur des droits*.

20. V. dans ce numéro de la *RFAP* la contribution de M. Gil Roblès.

21. Ainsi peut-on lire dans le rapport de 1974 : « [...] le membre [...] ou la formation du Conseil d'État désignés pour procéder à une étude sur demande du Médiateur se considèrent comme agissant pour le compte de celui-ci. [...] Aucun formalisme procédural ne lui est imposé, l'essentiel étant qu'il puisse se forger dans de brefs délais une opinion valable sur l'affaire. Les frais éventuels de l'enquête, notamment les déplacements sont pris en charge par le Médiateur » (<http://www.juripole.fr/Mediateur/1974/chap2.html>).

22. Rapport Gélard, 19 mai 2010, *préc.*, p. 81

Le renforcement des pouvoirs de la mission « Médiation avec les services publics » est aussi considérable s'agissant des possibilités de lever les blocages aux investigations.

Les pouvoirs contraignants ou intrusifs pour lever les obstacles aux investigations

L'étude d'impact affiche clairement l'objectif de renforcer les pouvoirs de la médiation pour briser la résistance abusive de l'administration²³. Pour la mission « Médiation avec les services publics », ce renforcement a été jugé « indispensable »²⁴. Pour les autres autorités, il n'était pas non plus rare de voir la personne mise en cause faire obstruction ou retarder l'instruction en ne répondant pas ou en tardant à répondre. Ainsi, dans son dernier rapport, la CNDS déplorait « avec inquiétude la persistance et la récurrence de pratiques visant à limiter ou entraver les investigations ou les contrôles portant sur l'activité des personnes exerçant des missions de sécurité »²⁵.

Face à ces blocages, le Défenseur des droits peut, d'une part, mettre en demeure les personnes intéressées et, d'autre part, procéder à des vérifications sur place.

Mises en demeure des personnes intéressées (article 21 LO)

Sauf s'agissant des demandes aux ministres de déclencher des inspections, le Défenseur peut, si ces demandes ne sont pas suivies d'effet, mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe²⁶. Si cette mise en demeure n'est pas elle-même suivie d'effet, il peut saisir le juge des référés aux fins d'ordonner toute mesure utile.

La procédure prévue est en tout point calquée sur celle qui existait pour la HALDE (loi 2004, article 9). Devant le juge civil, elle obéit aux prescriptions des articles 484 et suivant du code de procédure civile, et, devant le juge administratif aux dispositions de l'article R. 557-1 du code de justice administrative (décret n° 2011-904, article 3)²⁷. Si les recommandations du collège de la HALDE faisaient régulièrement état de mises en demeure²⁸, on en ignore toutefois le nombre précis dans la mesure où le règlement des services de l'ancienne autorité de lutte contre les discriminations prévoyait que les mises en demeure « ne font l'objet d'aucune publicité »²⁹. Quant à la saisine du juge des référés, la Haute autorité l'a utilisée pour la première fois en... 2009 et au total à six reprises³⁰.

L'usage de ces pouvoirs semble donc avoir été modéré. Il en est de même pour les vérifications sur place.

23. *Étude d'impact*, préc. p. 31.

24. Rapport Gélard, 19 mai 2010, *préc.*, p. 42.

25. *Rapport d'activité* 2010, p. 27.

26. V. pour le détail l'article 3 du décret n° 2011-904.

27. Pour ce « référé sur saisine du Défenseur des droits », ces dispositions renvoient à la procédure de référé mesure-utile de l'article L. 521-3 du CJA.

28. V. par ex. délib. n° 2008-23, 11 févr. 2008 : obstruction à l'enquête faite par une société d'huissiers de justice.

29. Délibération n° 2007-169, 11 juin 2007 portant Règl. serv., article 23.

30. *Rapport d'activité* 2010, p. 29.

Les vérifications sur place (article 22 LO)

Comme la CNDS (loi de 2000, article 6) et la HALDE (loi de 2004, article 8), le Défenseur des droits peut procéder à des vérifications sur place aussi bien dans les locaux administratifs ou privés des personnes mises en cause que dans les lieux, locaux, moyens de transport accessibles au public et dans les locaux professionnels exclusivement consacrés à cet usage. Ce pouvoir de vérification sur place est complété par la possibilité d'entendre toute personne susceptible de fournir des informations. Il s'agit, là aussi, d'un renforcement notable des pouvoirs octroyés pour les missions « Défense des enfants » et « Médiation avec les services publics ». Il a en effet été estimé que « cette limitation peut notamment être pénalisante lorsque le médiateur n'a pas une connaissance précise des pièces qui pourraient établir les motifs du dysfonctionnement administratif ou lorsqu'il suspecte que le service a retenu certaines informations »³¹.

Pour les locaux administratifs d'une personne publique (article 22-II LO), le droit d'opposition est modulé selon la mission³². En effet il est en règle générale possible d'opposer « des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique », sauf pour les compétences de la mission « Déontologie de la sécurité ». C'est la commission des lois du Sénat qui a fait cette réserve car ces visites ont trait par essence à la sécurité publique. La Commission nationale consultative des droits de l'homme avait relevé que la CNDS bénéficiait « d'une liberté totale, puisqu'elle [pouvait] visiter exceptionnellement ces lieux sans préavis »³³. Qui plus est, en cas d'opposition, la loi organique prévoit que l'autorité doit fournir « les justifications de son opposition ». Ce faisant, les pouvoirs liés à la lutte contre les discriminations sont renforcés substantiellement pour les locaux administratifs. En effet, l'article 8 de la loi du 30 décembre 2004, qui ne distinguait pas le régime des locaux selon leur nature administrative ou privée, prévoyait que les vérifications sur place se réalisaient « après avis adressé aux personnes intéressées et avec leur accord ». Mais le législateur a estimé qu'il existait un « risque de destructions de pièces et autres éléments de preuve » dans le cas où l'administration mise en cause serait préalablement avertie³⁴. Enfin, comme c'était déjà le cas pour la HALDE, pour surmonter l'opposition le Défenseur pourra saisir le juge administratif des référés afin qu'il autorise les vérifications sur place. Celles-ci s'effectuent alors sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il peut se rendre dans les locaux durant l'intervention et décider à tout moment de leur arrêt ou de leur suspension³⁵.

Pour les locaux privés (article 22-III LO), le responsable de locaux est préalablement informé de son droit d'opposition. En cas d'opposition, la visite ou la vérification sur place ne peut se dérouler qu'après l'autorisation du juge des libertés et de la détention (JLD) du ressort duquel sont situés les locaux à visiter. Il statue dans les 48 heures (décret n° 2011-904, article 7). En cas d'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou si le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifient, la visite peut avoir lieu sans que le responsable des locaux en ait été informé,

31. *Étude d'impact*, op. cit., p. 11.

32. Il est prévu que lorsqu'il procède à un contrôle sur place le responsable des lieux ou son représentant est informé de l'objet des vérifications entreprises. Pour le détail de la procédure et du contenu du PV : D. n° 2011-904, article 4 et 5.

33. Avis préc.

34. Rapport Gélard n° 482, *préc.*, p. 83.

35. La procédure est régie par l'article R.557-2 du CJA (issu décret n° 2011-904, article 10). Il s'agit là aussi du référé mesure-utile de l'article L.521-3 avec néanmoins un délai de 48 heures pour statuer.

sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention. Le responsable des lieux ne peut alors s'opposer à la visite. L'ordonnance est exécutoire au seul vu de la minute et indique le délai et la voie de recours. Elle est notifiée sur place, au moment de la visite, au responsable des lieux ou à son représentant. La visite s'effectue alors sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée, en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Il peut se faire assister d'un conseil de son choix ou, à défaut, en présence de deux témoins qui ne sont pas placés sous l'autorité des personnes chargées de procéder au contrôle. Le juge des libertés et de la détention peut être saisi à tout moment d'une demande de suspension ou d'arrêt de cette visite. Cette saisine n'a pas d'effet suspensif. L'appel, non suspensif, se fait devant le premier président de la cour d'appel dans un délai de quinze jours. Il en est de même pour le pourvoi en cassation³⁶.

Les travaux préparatoires montrent que le gouvernement et législateur organique ont été soucieux de se conformer aux exigences de la jurisprudence découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme, 21 fév. 2008, *Ravon et alii c. France*, n° 18497/03 : à propos de la procédure de perquisition fiscale ; Conseil d'État, sect., 6 nov. 2009, n° 304300, *Sté Inter Confort*, au *Lebon*, concl. J. Burguburu : à propos des visites inopinées de la CNIL). On peut néanmoins avoir quelques inquiétudes s'agissant de l'effectivité du contrôle assuré par le juge au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne. Pour respecter les exigences du droit à un procès équitable, il faut en effet un recours à même d'offrir « un redressement approprié » aussi bien par un contrôle « en fait comme en droit ». Or, cela « implique nécessairement la certitude, en pratique, d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse et ce, dans un délai raisonnable »³⁷. L'avenir dira si les garanties apportées par le législateur organique sont suffisantes. Le Conseil constitutionnel ne s'est, quant à lui, pas penché sur cette difficulté³⁸.

Comme c'était déjà le cas pour les visites effectuées par la HALDE, ce pouvoir de visite peut être délégué et les agents autorisés doivent au préalable recevoir une habilitation spécifique attribuée par le procureur général près la cour d'appel de leur domicile. La nouveauté est que les délégués territoriaux du Défenseur pourront aussi être habilités (article 37 LO³⁹). Notons que le pouvoir de vérifications sur place a peu été utilisé par la HALDE : après deux années d'attente des habilitations⁴⁰, elle n'a effectué que six vérifications sur place entre 2006 et 2010⁴¹. Au demeurant, si cette prérogative est justifiée dans l'assistance des victimes de discriminations, l'enquête sur des dérives policières ou l'assistance aux enfants maltraités, quel sens a-t-elle dans le cadre de la mission de « Médiation avec les services publics » du Défenseur ?

Mais, là aussi, ce qui l'a emporté c'est la volonté du législateur organique d'unifier l'ensemble des pouvoirs d'information du Défenseur en donnant à la mission « Médiation avec les services publics » les mêmes moyens pour lever les blocages de l'administration

36. Pour le détail v. décret n° 2011-904, articles 7 à 9.

37. Cour EDH, 5^e chambre, 21 déc. 2010, *Société Canal Plus et a. c. France*, n° 29408/08, §41.

38. Il se contente de mentionner que la loi organique « détermine [...] les conditions dans lesquelles le Défenseur des droits peut procéder à des vérifications sur place » (décret n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, cons. 13). V. aussi pour la validation des visites domiciliaires issues de la loi du 4 août 2008 : Cons. constit. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux Pipolo et a. : Constitutions*, 2011, n° 4, p. 595, obs. C. Le Mardièr.

39. Pour le détail de la procédure et la prestation de serment (v. décret n° 2011-904, articles 10 et 11).

40. C'est sûrement la raison pour laquelle il est prévu que les habilitations délivrées préalablement demeurent valables pendant un délai de six mois (v. D. n° 2011-904, article 21).

41. Selon le rapport d'activité 2009, p. 21. Car selon le rapport d'activité 2010 il n'y a pas eu de vérifications sur places en 2007 ce qui ramènerait le total à quatre vérifications (*Rapport activité 2010*, p. 21).

même s'il est peu probable que ces pouvoirs seront utilisés dans le cadre de cette mission. S'agissant des autres prérogatives, l'unification n'est que partielle.

LES AUTRES POUVOIRS : UNE UNIFICATION PARTIELLE

À défaut d'avoir assuré l'homogénéité de l'ensemble des pouvoirs du Dr Jekyl-médiateur et M. Hyde-sanctionnateur, le législateur organique a unifié dans le chapitre III ceux relatifs aux pouvoirs d'alerte, de réprimande et de promotion tout en maintenant certaines spécificités liées aux missions de « Défense des enfants » et de « Lutte contre les discriminations ».

L'unification des pouvoirs d'alerte, de réprimande et de promotion

Outre le pouvoir d'alerter et de recommander, le Défenseur bénéficie d'attributions quasi-juridictionnelles pour régler les différends ou assister les victimes et d'un certain nombre d'attributions consultatives ou de promotion de ses activités.

Le pouvoir d'alerter et de recommander

On retrouve la panoplie classique du magistère moral d'une autorité indépendante :

La résolution amiable et la médiation (article 26 LO)

La résolution des litiges par médiation était dominante chez le Médiateur et constituait un aspect central de la mission du Défenseur des enfants. Elle était plus accessoire à la HALDE⁴². La grande nouveauté est donc d'envisager des médiations entre les victimes de manquement aux règles de déontologie et les forces de l'ordre ou services de sécurité.

La procédure est, une nouvelle fois, calquée sur celle qui régissait la médiation à la HALDE (loi 2004, article 7). La différence majeure est que la haute autorité pouvait recourir à un médiateur extérieur, souvent un avocat⁴³. Or, une telle possibilité n'a pas été prévue pour le Défenseur des droits. Il a sûrement été estimé que les personnels du Médiateur avaient suffisamment d'expérience en la matière⁴⁴. L'avantage du recours à un médiateur extérieur à l'institution était pourtant de permettre d'assurer un respect optimal du droit à un procès équitable en cas d'échec de la médiation et de recours ultérieur à une transaction pénale ou à une citation directe.

Cette médiation peut aboutir à une transaction entre la personne mise en cause et la victime (article 28), mais aussi dans le domaine de la lutte contre les discriminations à une

42. 163 médiations sur 43 000 réclamations traitées entre 2005 et 2010 (*Rapport activité 2010*, p. 30).

43. Voir la convention passée avec le Conseil national des barreaux : Délib. n° 2006-304, 18 décembre 2006.

44. Le rapporteur à l'Assemblée avait proposé, en vain, de prévoir l'existence d'un adjoint chargé de la médiation entre les particuliers et l'administration (Rapport n° 3153 de Morel-A-L'Huissier, 9 février 2011, *préc.*, p. 40). De sa propre initiative, D. Baudis a décidé de nommer, en tant que « médiateur délégué auprès du défenseur des droits », Bernard Dreyfus, ex-directeur général des services du médiateur (*Acteurs publics.com*, 18 juillet 2011).

transaction pénale (v. *infra*). Le refus de donner suite à une demande de médiation n'est pas susceptible de recours⁴⁵.

Pouvoir de recommandation (article 25 LO et 14 D. n° 2011-904)

Après l'instruction, le Défenseur des droits dispose d'un pouvoir de recommandation général puisqu'il peut faire, pour les quatre missions, toute recommandation « qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés » de la personne lésée et « à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement ». Ces recommandations, quelle que soit la mission concernée, peuvent se faire « en équité » (article 25 al. 2, LO). Il s'agit d'une prérogative classique du Médiateur depuis 1973. Elle était également intégrée à la mission du Défenseur des enfants. On peut néanmoins se demander si le législateur organique a pleinement pris conscience de la portée d'un tel pouvoir dans le domaine de la « Déontologie de la sécurité » et de la « Lutte contre les discriminations ». Certes, s'agissant de la CNDS, elle ne prononçait pas qu'en pure légalité puisqu'elle pouvait adresser aux autorités publiques et aux dirigeants des personnes privées intéressés exerçant des activités de sécurité « tout avis ou recommandation visant à remédier aux manquements constatés » aux règles de la déontologie de la sécurité (loi 6 juin 2000, article 7). Or le respect des règles légales sont dépendantes du respect des règles éthiques (il faut, par exemple, faire preuve de « discernement »). En revanche s'agissant de la lutte contre les discriminations, la HALDE ne se prononçait qu'en droit afin de rechercher si les faits portés à sa connaissance étaient constitutifs d'une discrimination « prohibée par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie » (loi de 2004, article 1^{er}). Elle avait d'ailleurs été confrontée à des cas où, sans pouvoir établir leur caractère discriminatoire, les faits portés à sa connaissance apparaissaient inéquitable. Ainsi, par exemple, s'agissant des « reclassés » et des « reclassifiés » de France-Telecom et de La Poste, la HALDE n'a pu constater de discrimination faute de critère prohibé. Toutefois, face à l'inéquité de la situation, son Collège a appelé l'attention du ministre de tutelle sur leur situation⁴⁶. Dans d'autres cas, elle a pu aussi décider de transmettre au Médiateur certaines réclamations (v. par exemple sur les modalités de calcul des pensions de retraites différentes du régime général et du régime de pension civile des fonctionnaires ou encore les modalités des régimes complémentaires AGIRC et ARRCO pour les travailleurs handicapés).

La publicité des recommandations n'est pas systématique. C'est au Défenseur des droits de décider en opportunité, après en avoir informé la personne mise en cause, de rendre publics ses avis, recommandations ou décisions avec, le cas échéant, la réponse faite par la personne mise en cause (article 36 LO). Cette publicité vise donc à « mettre au pilori » la personne mise en cause⁴⁷. La diffusion des recommandations, même anonymisées, sur le site internet des différentes autorités, souvent relayées par les blogs, réseaux sociaux et par les médias, contribuent à sensibiliser l'opinion publique sur ces questions, à stigmatiser certains comportements et possède de la sorte une fonction pédagogique non négligeable. Du reste, il est toujours possible à l'auteur de la saisine de rendre publique la recommandation rendue à son bénéfice.

45. CE, 18 oct. 2006, *Miller*, n° 277597 : *Lebon*, p. 430.

46. Délib. n° 2005-63 du 14 nov. 2005.

47. V. à ce sujet notre billet « Premier rapport spécial de la HALDE : une mise au pilori bien inoffensive », *Blog droitadministratif*, 15 novembre 2006 (<http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2006/11/15/>).

Dans la mesure où l'autorité exerce essentiellement un magistère moral, les recommandations échappent pour l'essentiel au contrôle du juge. Néanmoins il est possible qu'elles fassent grief, compte tenu de la publicité qui leur est donnée et de leur portée générale⁴⁸. Pour le Défenseur des droits, c'est la jurisprudence forgée pour la HALDE qui apparaît la plus pertinente. Lorsqu'elle émettait des recommandations sans faire usage de la possibilité dont elle disposait de leur assurer une publicité particulière, elle n'énonçait pas « en principe » des règles qui s'imposeraient aux destinataires. Ces recommandations ne constituaient donc pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, contrairement aux « recommandations de portée générale » rédigées « de façon impérative »⁴⁹. Une carence fautive pouvait entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État⁵⁰. Ces recommandations ont donné lieu à très peu de contentieux et à aucune annulation⁵¹, alors même qu'entre 2005 et 2009, la HALDE a rendu 673 recommandations générales (pour 296 individuelles).

Par ailleurs, de manière extra-légale, le collège de la HALDE a « inventé » une autre réprimande : le « rappel à la loi » (Délib. n° 2007-169, 11 juin 2007 : Règl. serv., article 12). Ce pouvoir était particulièrement utilisé : 109 rappels à la loi en cinq années. Cette pratique extra-légale sera-t-elle maintenue par le Défenseur des droits ?

Lorsque le Défenseur édicte une recommandation, il est prévu que l'autorité ou la personne destinataire a l'obligation de l'informer dans le délai qu'il fixe des suites données à ses recommandations. À défaut, il pourra faire usage de pouvoirs quasi-juridictionnels.

Les attributions quasi-juridictionnelles du Défenseur

Même si le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision sur la loi organique que « l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance de l'ensemble des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne [peut] empiéter [...] aucune autorité administrative » (déc. n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, cons. 16⁵²), il n'empêche que les autorités administratives et publiques indépendantes sont souvent dotés d'attributions quasi-juridictionnelles parfois décriées comme « paraiss[ant] opérer un mélange des genres »⁵³, mais qui ont l'avantage de renforcer substantiellement leur efficacité d'action. Dans les prérogatives communes à l'ensemble des missions du Défenseur, on peut y ranger le pouvoir d'injonction et la publication d'un rapport spécial en guise de réprimande, celui d'enclencher des poursuites disciplinaires, de présenter des observations en justice et de transmettre le dossier au parquet.

48. CE, Ass., 10 juill. 1981, n° 05130, *Retail : Lebon*, p. 303 ; RDP 1981. 1441, concl. M. Franc et p. 1687, note J.-M. Auby ; V. Collet (Martin), *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes* : LGDJ, 2003.

49. CE, 13 juill. 2007, *Sté Éditions Tissot*, n° 294195, *Lebon*, p. 335 ; AJDA 2007, p. 2145, concl. Derepas et SARL Riviera, n° 295761, au *tables*, p. 635.

50. *Abrie*, n° 297742, au *tables*, p. 635.

51. En revanche la HALDE a régulièrement été désavouée et en premier lieu, et malheureusement, dans l'affaire *Perreux* par le Conseil d'État (CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298 348, E. Perreux ; RFDA 2009 p. 1125, concl. M. Guyomar) ou encore sur le droit des enfants étrangers entrés en dehors du regroupement familial aux prestations familiales (Cass. ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-69.052 et n° 09-71.352 ; JCP G 2011, 839, n° 4, obs. Y. Favier ; AJ Famille 2011, p. 375, obs. I. Sayn ; Dr Soc., 2011, n° 701, concl. G. Azibert ; JCP S 2011, 1380, comm. A. Devers).

52. *Actualité droits-libertés*, 3 avril 2011 par M. Gourcuff et A. Gelblat ; AJDA 2011. 817, comm. B. Delaunay ; RFDA 2011.611, chron. A. Roblot-Troizier.

53. Autin (Jean-Louis) et Breen (Emmanuel), *Étude préc.*, n° 85.

Injonction et rapport spécial (article 25 al. 4 LO et 15 D. n° 2011-904)

Si les recommandations faites par le Défenseur ne sont pas suivies d'effet ou si les informations reçues ne le satisfont pas, il peut enjoindre à la personne ou l'organisme mis en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires. À défaut de suite, le Défenseur « établit » un rapport spécial, qui est communiqué à la personne mise en cause⁵⁴. Il peut rendre public ce rapport⁵⁵. Au Parlement, le débat a porté sur l'automaticité du rapport spécial en cas de non-respect de l'injonction. En effet elle risque de conduire le Défenseur à hésiter à faire usage de son pouvoir d'injonction. Mais la suppression du caractère automatique de la publication du rapport spécial compense.

La publication d'un rapport peut, dans certaines circonstances, constituer une décision susceptible de recours⁵⁶.

Poursuites disciplinaires (article 29 LO et articles 16 et 17 D. n° 2011-904)

Le Défenseur peut saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction. Cette prérogative ne s'applique pas aux magistrats, qui relèvent en matière disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, dont l'article 65 de la Constitution prévoit, depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008, qu'il peut être saisi directement par un justiciable, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel⁵⁷. La HALDE (loi 2004, article 14) et la CNDS (loi 2000, article 9) bénéficiaient déjà de ce pouvoir. Il a été particulièrement utilisé par cette dernière (v. *Rapport d'activité CNDS 2010*, p. 23). En revanche, dans ses rapports 2009 et 2010, la HALDE ne fait état d'aucune demande de poursuites disciplinaires⁵⁸.

Cette disposition apparaît *a priori* en retrait par rapport à la compétence disciplinaire qui détenait le Médiateur en vertu de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1973 : il pouvait en effet, en cas de carence de l'autorité compétente, engager d'office une procédure disciplinaire. Toutefois, concrètement cette modification a peu d'incidence dans la mesure où, comme le notait André Legrand, « cette disposition [...] ne modifi[ait] [...] que les conditions de saisine des instances disciplinaires ; elle ne change rien aux autres aspects de la procédure disciplinaire contre les agents publics »⁵⁹. En outre, et surtout, en trente-sept années d'existence, ce pouvoir de substitution n'a... jamais été exercé par le Médiateur⁶⁰.

D'un point de vue procédural, l'autorité informe la personne mise en cause⁶¹ et porte à la connaissance du Défenseur des suites et, si elle n'a pas engagé de procédure disciplinaire, des motifs de sa décision. À défaut d'information dans le délai fixé ou s'il estime que sa saisine n'a pas été suivie des mesures nécessaires, il peut établir un rapport

54. Avant de le rendre public, le Défenseur invite les personnes mises en cause à produire leurs observations dans un délai qui, sauf urgence, ne peut être inférieur à un mois (article 15 décret n° 2011-904).

55. Il n'est plus prévu la publication de droit du rapport spécial au *JORF*.

56. CE, 10 juill. 2009, n° 300978, *Féd. chrétienne témoins de Jéhovah France*.

57. Déc. n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *préc.*, cons. 16.

58. En 2008, elle avait porté à la connaissance de la Chambre nationale des huissiers de justice ainsi qu'à celle du Loiret, en leur qualité d'instance disciplinaire, un licenciement discriminatoire (Délib. n° 2008-23, 11 févr. 2008).

59. Legrand (André), « Médiateur », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2001, n° 42.

60. *Étude d'impact*, p. 11.

61. Article 16 du décret n° 2011-904.

spécial communiqué à l'autorité disciplinaire qui peut être rendu public, accompagné, le cas échéant, de la réponse de cette autorité – comme cela était prévu pour la CNDS.

Présentation d'observations en justice, actions collectives et transmission
au parquet (article 33 LO)

Symboliquement, avant d'affirmer la possibilité de présenter des observations en justice, la loi organique assène que « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle ». À l'évidence il s'agit d'une réaction du législateur face à l'activisme judiciaire de la HALDE depuis 2007⁶² dans des dossiers « sensibles ». Au total, en cinq années la Haute autorité a présenté dans 560 observations et a été suivi dans 80 % des cas⁶³. Comme c'était le cas pour la HALDE, le Défenseur peut soit être invité par les juridictions, d'office ou à la demande des parties, à présenter des observations, soit les présenter spontanément devant les juridictions civiles, administratives et pénales. Pouvoir propre du Défenseur des droits, cette intervention ne sera pas nécessairement le fruit d'une délibération collégiale, sauf s'il décide de recueillir l'avis du collège concerné.

S'agissant du statut de ces observations, la Cour de cassation a considéré que les dispositions légales donnant à la HALDE la faculté de les présenter ne méconnaissent pas les exigences du procès équitable dès lors que celles-ci sont soumises au contradictoire. Elle a aussi précisé que la Haute autorité n'avait pas la qualité de « partie à l'instance » mais le statut de simple « observateur »⁶⁴. Devant le Conseil d'État, des ambiguïtés ont pu apparaître⁶⁵. Dans une décision de section à venir, le Conseil d'État aura l'occasion de trancher cette question puisqu'il est saisi de la question de savoir si « le juge administratif doit répondre à un moyen, distinct de ceux des requérants, invoqué par la HALDE à l'appui des observations qu'elle présente... »⁶⁶.

Par ailleurs, l'Assemblée nationale avait, sur proposition du rapporteur de la commission des lois, adopté une disposition permettant au Défenseur des droits de déposer devant le juge administratif une requête tendant à la reconnaissance de droits individuels en faveur d'un groupe de personnes ayant le même intérêt et l'ayant préalablement saisi⁶⁷. Ce projet d'« action collective » a néanmoins été abandonné par le Sénat en seconde lecture car même si l'idée a été jugée « intéressante » elle doit donner lieu à « une réflexion plus approfondie »⁶⁸.

Enfin, de manière complémentaire à l'article 40 du code de procédure pénale et comme pouvaient le faire les quatre autorités absorbées, le Défenseur peut informer le procureur de la République lorsqu'il apparaît que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit. Il lui fait savoir, le cas échéant, qu'une mission de médiation a été initiée. Le procureur informe le Défenseur des suites données à ses transmissions. En 2010, la CNDS a saisi les procureurs de la République dans neuf affaires ; la HALDE a procédé à quatorze transmissions cette même année et à quarante depuis sa création⁶⁹.

62. La loi du 31 mars 2006 lui a reconnu la possibilité de présenter d'office des observations.

63. *Rapport public* 2010, p. 29.

64. Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628.

65. V. comm. Gwénaële Calvès sous CE, 10 avril 2009, n° 311888 : *AJDA* 2009 p. 1386.

66. Recours du Gisti, de la Fapil, et du DAL, n° 322326.

67. V. sur cette question Dezallai (Amanda), « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *RFDA* 2011 (à paraître).

68. *Rapport Gélard*, 26 janvier 2011, *préc.*, p. 73.

69. Réciproquement, les parquets demandaient l'avis de la HALDE (22 demandes d'avis en 2010 – *Rapport activité* 2010, p. 31).

Les attributions consultatives et de promotion

On retrouve les attributions consultatives classiques des autorités administratives indépendantes de propositions de réformes et de promotion de ses activités avec néanmoins une originalité : la saisine du Conseil d'État ou de la Cour de cassation pour avis.

Proposition de réformes (article 32 LO), promotion de ses activités (article 34), rapports et communications aux assemblées (article 36)

En premier lieu, le Défenseur peut recommander de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui apparaissent utiles. Il peut aussi être consulté par le Premier ministre, les président de l'Assemblée nationale ou du Sénat sur toute question ou sur tout projet de loi intervenant dans son champ de compétence. Le législateur organique a calqué ce régime de consultation sur celui de la HALDE alors même que les autorités en cause se sont abstenues de la consulter⁷⁰.

En second lieu, il contribue, à la demande du Premier ministre, à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans les domaines relevant de son champ de compétence. Cette disposition a été particulièrement discutée mais il s'agissait de maintenir une prérogative du Défenseur des enfants.

En troisième lieu, et de manière plus classique, le Défenseur mène toute action de communication jugée opportune. Il favorise à cette fin la mise en œuvre de programmes de formation. Il conduit et coordonne des travaux d'étude et de recherche.

En dernier lieu, il présente chaque année au Président de la République et aux présidents des chambres un rapport général avec des annexes thématiques relatives à chacune de ses missions. Ce rapport public peut aussi faire l'objet d'une communication devant chacune des deux assemblées. Il peut aussi remettre d'autres rapports aux mêmes autorités.

Saisine du Conseil d'État pour avis (article 31 LO)

Lorsque le Défenseur des droits est saisi d'une réclamation, non soumise à une autorité juridictionnelle, qui soulève une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire, il peut consulter le Conseil d'État et rendre public cet avis.

Les rapports parlementaires justifient sommairement cette disposition originale et sans précédent. Il s'agit, selon l'étude d'impact, de permettre « de mettre fin à certaines difficultés récurrentes, et conduire progressivement à limiter le nombre de demandes les plus répétitives tant auprès du Défenseur des droits qu'auprès des juridictions compétentes »⁷¹. En réalité cette procédure a sûrement été adoptée en réaction à la recommandation de la HALDE sur la loi « Hortefeux » de novembre 2007⁷².

70. À noter toutefois que même si cela n'était pas prévu par la loi des organismes publics ont fait des demandes d'avis à la HALDE en particulier l'ANAEM (v. « Porter la burqa ou s'intégrer en apprenant le français, pour la Halde, il faut choisir », *Combats pour les droits de l'homme* [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2008/10/10/>], 10 octobre 2008).

71. *Étude d'impact*, préc. p. 35.

72. Délib. n° 2007-370, 17 déc. 2007. V. la réaction du ministre de l'immigration : Rép. min. n° 312 : JOAN Q, 17 janv. 2008, p. 260.

D'un point de vue procédural, la procédure est calquée sur celle des demandes d'avis du gouvernement par l'attribution à l'une des cinq sections administratives (article R123-3-1 CJA issu D. n° 2011-904, article 19) et la participation du Défenseur ou de l'un de ses agents aux séances avec voix consultative (Article R123-24-2 issu du D. n° 2011-904, article 20).

Au-delà de ces compétences unifiées, des spécificités liées à la défense des enfants et à la lutte contre les discriminations ont été maintenues.

Des pouvoirs spécifiques maintenus pour la défense des enfants et la lutte contre les discriminations

Compte tenu de la directive 2003/43 et, plus largement, de certaines particularités à ces missions, le législateur organique a maintenu certains pouvoirs spécifiques à la lutte contre les discriminations et à la protection de l'enfance ou commune aux deux.

Attributions spécifiques à la lutte contre les discriminations

On peut dégager trois attributions liées spécifiquement à cette mission.

En premier lieu, au pouvoir général de transaction (article 28 I LO), s'ajoute un pouvoir de transaction pénale spécifique à la lutte contre les discriminations (article 28 II). D'un point de vue procédural, il s'agit d'un décalque exact de celui que détenait déjà la HALDE⁷³. En cinq années, celle-ci a obtenu l'homologation de 92 transactions pénales.

En second lieu, le Défenseur peut recommander le retrait d'un agrément ou d'une autorisation lorsqu'il constate une discrimination dans l'activité professionnelle d'une personne soumise à agrément ou autorisation par une autorité publique. Il peut aussi suggérer d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires pour non-respect de la législation relative aux discriminations ou au titre de l'ordre et des libertés publics si l'autorité dispose de ce pouvoir. Le Défenseur des droits est tenu informé des suites données à sa recommandation (article 30 LO).

En dernier lieu, le Défenseur peut susciter et soutenir les initiatives de tous organismes publics ou privés en ce qui concerne l'élaboration et l'adoption d'engagements visant à la promotion des droits et de l'égalité. Il identifie et promeut toute bonne pratique en la matière.

Attributions spécifiques à la protection de l'enfance

Pour maintenir des spécificités de la défense des enfants, le Défenseur peut en premier lieu saisir les autorités locales compétentes de tout élément susceptible de justifier une intervention du service en charge de l'aide sociale à l'enfance (article 35 LO). En second lieu, en sus de l'annexe au rapport général, le Défenseur publie chaque année un rapport à l'occasion de la journée internationale des droits de l'enfant (article 35 LO).

73. V. pour le détail l'article D1-1 du code de procédure pénale issu du D. n° 2011-904, article 18 (V).

Attributions communes aux deux missions

Lorsque le Défenseur estime que la réclamation d'une personne s'estimant victime d'une discrimination ou invoquant la protection des droits de l'enfant appelle une intervention de sa part, il l'assiste dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas, y compris dans les procédures à « dimension internationale » (article 27 LO). Compte tenu du principe d'indivisibilité de l'État, cette dernière précision peut surprendre. Mais dès lors que cette possibilité a été reconnue pour ces deux missions, il est peu cohérent de ne pas l'avoir étendue à l'assistance des victimes de manquements à la déontologie de sécurité⁷⁴.

Au bilan, tel le boa de *Tintin au Congo* qui souhaite prendre du bicarbonate de soude pour digérer Milou, le Défenseur des droits a été initialement doté d'un corps de reptile mais devrait prendre conscience qu'il bénéficie aussi de pattes de canidés. On peut craindre que cet attelage manque d'homogénéité et soit difficile, à manœuvrer, au moins dans un premier temps⁷⁵. Lors de l'adoption de la loi organique le sénateur Robert Badinter n'avait d'ailleurs pas manqué de dénoncer la création de ce « vaste office bureaucratique [...] [qui] engendrera inévitablement des conflits de compétences, de personnalités et de rivalités au sein de ce géant »⁷⁶. On peut néanmoins espérer que, dans l'intérêt de l'État de droit, le Défenseur trouvera son rythme de croisière et contribuera à renforcer les protections des droits et libertés en France.

74. V. à titre d'exemple d'une procédure suivie par la CNDS : Cour EDH, 5^e chambre, 4 novembre 2010, *Darraj c. France*, n° 34588/07 – *Actualité droits-libertés* du 4 novembre 2010 par N. Hervieu.

75. Métaphore empruntée au professeur P. Wachsmann dans son propos introductif de la table ronde du colloque.

76. Entretien au *Journal du dimanche* du 6 juin 2010 cité Zarka (Jean-Claude), « Le “Défenseur des droits” », *D.* 2011. 1027.